# قَاعدة لا عِبرَة بالظَنِّ البَيِّنِ خطَؤُه
# وَتطبيقَاتها القَضائِيَة

بحث محكَّم

د. سعيد بن متعب القحطاني
عضو هيئة التدريس بكلية الشريعة بجامعة الملك خالد بأبها

# ملخص البحث

بين الباحث في بحثه التالي:

عرّف البحث المصطلحات التالية: (العبرة، والظن، والبيّن، والخطأ).

نظر البحث إلى أسباب خطأ الظن من ثلاث جهات:

الجهة الأولى: أسباب تغير الاجتهاد المتعلقة بالمجتهد والقاضي

الجهة الثانية: أسباب تغير الاجتهاد المتعلقة بتحقيق مناط الحكم.

الجهة الثالثة: أسباب تغير الحكم.

بين البحث المعنى العام لقاعدة «لا عبرة بالظن البين خطؤه» بأنه: تصرّف بُني على ظنّ، ثم ظهر خطأ ذلك الظن؛ فيجب عدم الاعتداد بذلك الظن واعتباره كأن لم يكن، وإلغاء ما ترتب عليه.

ذكر البحث عدداً من الأدلة على هذه القاعدة منها: الأثر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «لا يمنعنك قضاء قضيته، ثم راجعت فيه نفسك، فهديت لرشدك أن ترجع إلى الحق..»

بين البحث أن نشأة القاعدة استندت إلى كتاب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنهم، الذي جاء فيه: «لا يمنعنك قضاء قضيته، ثم راجعت فيه نفسك، فهديت لرشدك أن ترجع إلى الحق..»

بين البحث بعض الأحكام المتعلقة بالقاعدة، كالتالي:

حجية الظن في الشريعة: بين البحث اختلاف الفقهاء وأقوالهم على أربعة أقوال:

القول الأول: وجوب العمل بالظن، وهو قول جمهور من الأصولين.

القول الثاني: عدم جواز العمل بالظن إلا عند تعذر القطع ، وهو قول الشاشي، وأبو الحسين البصري وغيرهم.

القول الثالث: عدم جواز العمل بالظن مطلقا، وهو قول ابن حزم.

القول الرابع : الظن حجة في الفروع دون الأصول.

نقض الاجتهاد بمثله: بيّن البحث معنى النقض والاجتهاد، وأحوال الاجتهاد، وما يتعلق بتغير اجتهاد القاضي قبل الحكم وبعده.

بين البحث مواضع لتصرفات الحكام ليست بحكم ولغيرهم من الحكام تغييرها والنظر فيها.

قسّم البحث خطأ القاضي في ظنه الموجب نقض الحكم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: عدم اعتبار الظن الخاطئ المتعلق بالحكم ذاته، وله حالات منها: مخالفة الحكم دليلاً من كتاب الله.

القسم الثاني: عدم اعتبار الظن الخاطئ المتعلق بطرفي الحكم، وله حالات منها: تكذيب المحكوم له شهوده في بعض ما شهدوا به.

القسم الثالث: عدم اعتبار الظن الخاطئ المتعلق بطرق إثبات الحكم، وله حالات منها: تكذيب الواقع لشهادة الشهود.

## المقدمة

الحمد لله كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، وصلى الله وسلم وبارك على أشرف خلق الله نبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن والاه، وبعد:

فإن علم القواعد الفقهية من أعظم علوم الشرع وأظهرها أثراً وأجلها قدراً وأنفعها للمفتين والقضاة، فمقاصد الشرع وأسراره وحكمه فيها ظاهرة، وتطبيقها على جزئياتها سهلة الحصول، وتوافر الأدلة على القاعدة يجعلها محل اطمئنان القائم على تطبيقها، ولذا فقد توافرت الجهود وتضافرت على دراستها وبيان أثرها، فانتفع الناس بذلك.

وبما أن ولاية القضاء من أشرف الولايات وأعلاها مكانة، لحاجة الخلق إليها ولعظيم أثرها في سعادتهم؛ فإنني أرى إن من خير ما يبحثه الباحث ما يفيد القائمين على هذه الولاية ويساعدهم على القيام بحقها؛ لاسيما مع انشغال أكثر أهلها بما بين أيديهم وتحت أنظارهم ويشغل فكرهم من النظر القضائي وما يلحق به من لوازمه وتوابعه عن تدقيق النظر في بعض جزئيات المسائل، فلزم الباحثون الانكباب على مسائل القضاء التي تنفع القضاة في فض النزاعات وفصل الخصومات وفق مقاصد الشارع ومراده، وطمعاً في الأجر وحرصاً على الإسهام في الخير عزمت على بحث قاعدة فقهية لمست الحاجة إليها قائمة؛ وهي قاعدة: لا عبرة بالظن البين خطؤه، خاصة بعد أن رأيت من بعض القضاة توسعاً في إعمال قاعدة أخرى وهي قاعدة: الاجتهاد لا ينقض بمثله، مع أن قاعدة: لا عبرة بالظن البين خطؤه، مبينة لقاعدة: الاجتهاد لا ينقض بمثله؛ فيقتصر العمل في هذه الأخيرة على الاجتهاد الذي لم يتبين فيه الخطأ؛ فإنه ليس أحد الاجتهادين أولى من العمل ولا الإهدار من الآخر، ويخرج منها ما تبين خطؤه؛ فإنه ينبغي نقضه ولا ينفذ

ولو رفع إلى ألف حاكم كما قال التمرتاشي[1]، وذلك لأنه ثبت لنا أن الاجتهاد الأول ليس باجتهاد مبني على ظن صحيح بل وهم.

والسر في ذلك أن الشرع أتى لإسعادهم لا لشقاوتهم وفرض ما يصادم حاجاتهم ومصالحهم وإن كان خطأً، ولذا فقد كان من وصية عمر رضي الله عنه لعامله أبي موسى الأشعري قوله: "لا يمنعنك قضاء قضيته، ثم راجعت فيه نفسك، فهديت لرشدك أن ترجع إلى الحق، فإن الحق قديم لا ينقضه شيء، والرجوع إلى الحق خير من التمادي في الباطل"[2]، وقد كان هذا الأثر أصلاً مهماً وركيزة أساسية لهذه القاعدة، وقد وضع عمر رضي الله عنه بهذه الكلمات القليلة عامله أمام مسؤولية عظيمة أمام الله ثم أمام الناس بأن يتقي الله ولا يدفعه تعصبه لرأيه وإعجابه به أن يقدمه على شرع الله ومصالح الناس، وهذا ما زاد من حرصي على بحث هذه القاعدة، وقد رأيت تخصيص بحثها بولاية القضاء وعمل القاضي؛ وسميته: (قاعدة: لا عبرة بالظن البين خطؤه، وتطبيقاتها القضائية).

وقد سرت في كتابته وفق المنهج العلمي المعروف بجمع المادة العلمية من مصادرها الأصلية، والتوثيق والأمانة العلمية في النقل، وتحليل عبارات العلماء، وغير ذلك مما تعارف عليه الباحثون عند كتابتهم لأمثال هذه البحوث، وما كان فيه من صواب فمن توفيق الله وحده، وما كان من خطأ فمن جهة نفسي، وأستغفر الله منه، وأسأل الله أن يلهمنا الصواب ويأخذ بنواصينا للحق، ويعيننا على القيام والعمل به، والله أعلم وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

---

(١) انظر: مسعفة الحكام ١٧١ .

(٢) سيأتي تخريج هذا الأثر عند ذكر أدلة القاعدة.

# المبحث الأول: معنى مفردات القاعدة، وأهميتها

وفيه مطلبان:

## المطلب الأول: معاني مفردات القاعدة

وفيه أربع مسائل:

تتوقف معرفة معنى هذه القاعدة الإجمالي على التعريف ببعض المفردات التي تكونت منها القاعدة؛ حيث لكل مفردة من تلك المفردات معنى اصطلاحي عند أهل اللغة، وقد يكون لها أكثر من معنى؛ كما أن بعضها قد استعمل استعمالاً اصطلاحياً عند أهل الشرع، فلزم الوقوف عند تلك المعاني للوصول من خلالها لمعرفة معنى القاعدة والحكم الذي اشتملته ليصدق على الأفراد التي تندرج تحته، وهذا ما أتناوله في هذه المسائل الأربع.

### المسألة الأولى: معنى العبرة

العين والباء والراء أصلٌ صحيح واحدٌ يدلُّ على النفوذ والمضيِّ في الشيء. يقال: عَبَرت النّهرَ عُبُوراً، و: عبر - بفتح العين وكسرها - النهر: شطه، قاله ابن فارس(٣)، ثم قال: "أما الاعتبار والعبرة فعندنا مقيسان من عبري النهر؛ لأن كل واحد منهما عبر مساو لصاحبه فذاك عبر لهذا، وهذا عبر لذاك. فإذا قلت اعتبرت الشيء، فكأنك نظرت إلى الشيء فجعلت ما يعنيك عبرا لذاك: فتساويا عندك...

---

(٣) انظر: مقاييس اللغة ٢٠٧/٤، مادة: عبر.

والعِبرة: الاعتبار بما مضى"(٤).

وقيل: العبرة الاسم من الاعتبار(٥)، وتأتي العِبرة في الاصطلاح اللغوي بإزاء معاني يتعلق بقاعدتنا منها اثنان:

الأول: قياس الغائب على الشاهد؛ فالعبرة والاعتبار: هي الحالة التي يتوصل بها من معرفة المشاهد على ما ليس بمشاهد (٦)، قال تعالى: ﴿إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَعِبْرَةً﴾(٧)، وقال تعالى: ﴿فَٱعْتَبِرُوا۟ يَٰٓأُو۟لِى ٱلْأَبْصَٰرِ ۝٢﴾(٨).

وعلى هذا المعنى يكون المراد بالعبرة في القاعدة: إلحاق حكم الأفراد المندرجة تحتها بالمستقر في قاعدة الشريعة في غيرها مما دلت عليه القاعدة، وهذا المعنى - وإن كان فيه شيء من البعد عن معنى العبرة في قاعدتنا - إلا أنه يساعد على تفسير معناها؛ فلاشك أن إلحاق أفراد القاعدة بها من عدمه؛ هو اجتهاد في معرفة حكم ما ليس بمشاهد من خلال المشاهد، والمراد بالمشاهدة هنا: المعنوية.

الثاني: الاعتداد بالشيء في ترتب الحكم؛ نحو: والعبرة بالعقب؛ أي: والاعتداد في التقدم بالعقب، ومنه قولهم: لا عبرة بعَبرة مستعبر ما لم تكن عَبرة معتبر(٩).

وبهذا المعنى تطلق العِبرة - بمعنى الاعتبار - على ما يقابل الموجود الخارجي؛ فالعبرة بهذا المعنى: اعتبار الشيء الثابت في الواقع، لا اعتبار محض، والواقع هو الثبوت في نفس الأمر مع قطع النظر عن وقوعه في الذهن والخارج(١٠).

---

(٤) مقاييس اللغة ٤/٢٠٩-٢١٠، مادة: عبر.

(٥) انظر: الصحاح ٢/٤٣١، لسان العرب ٤/٥٣١، مادة: عبر.

(٦) انظر: المفردات في غريب القرآن ٣٢٣، تاج العروس ١٢/٥١١، مادة: عبر.

(٧) من الآية رقم ١٣ من سورة آل عمران، ورقم ٤٤ من سورة النور، ورقم ٢٦ من سورة النازعات.

(٨) من الآية رقم ٢ من سورة الحشر.

(٩) انظر: المصباح المنير ٢٣٢، مادة: عبر.

(١٠) انظر: الكليات للكفوي ١٤٧.

وعلى هذا المعنى يكون المراد بالعبرة في القاعدة: المعتد به في ترتب الحكم والثابت في الواقع ونفس الأمر، والمنظور إليه عند تطبيق الحكم؛ قال الزركشي عند تناوله لقاعدة العبرة بصيغ العقود أو معانيها: "أي: هل النظر إلى ما وضع له اللفظ بطريق الحقيقة، أو على ما يدل عليه بطريق التضمن"(١١).

ومن خلال تصفح صنيع الكاتبين في القواعد الفقهية نجد استعمالهم لكلمة العبرة بمعنى: المعتد به في ثبوت الحكم؛ ومن ذلك: العبرة بعقيدة الإمام أو المأموم(١٢)، العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها(١٣)، العبرة بعموم اللفظ أم بخصوص السبب(١٤)، لا عبرة للتوهم(١٥)، لا عبرة للعرف الطارئ(١٦)، هل العبرة بالحال أو المآل؟(١٧)، العبرة بوقت القضاء دون الأداء(١٨)، هل الاعتبار بحال التوكيل أو بحال تصرف؟(١٩)، لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح(٢٠)، وغيرها.

## المسألة الثانية: معنى الظن

قال ابن فارس: "الظاء والنون أصل صحيح يدل على معنيين مختلفين: يقين وشك، فأما اليقين فقول القائل: ظننت ظناً؛ أي: أيقنت... ومن هذا الباب: مظنة الشيء،

---

(١١) المنثور في القواعد ٢/٣٧١.

(١٢) انظر: المنثور في القواعد ٢/٣٧٠.

(١٣) انظر: المنثور في القواعد ٢/٣٧١، الأشباه والنظائر للسيوطي ٣٠٤.

(١٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي ٢/١٣٤.

(١٥) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا ٣٦٣.

(١٦) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٠١.

(١٧) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٤/٢٣، الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/١٠٣، الأشباه والنظائر للسيوطي ٣٢٢، القواعد الفقهية من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبدالوهاب ٢٧٠.

(١٨) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ٦٣٠.

(١٩) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/٣٢٧.

(٢٠) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا ١٤١.

وهو معلمه ومكانه... والأصل الآخر: الشك، يقال: ظننت الشيء؛ إذا لم تتيقنه، ومن ذلك: الظِنَّة: التهمة، والظنين: المتهم..."(٢١).

وأفاد الجوهري أن الظن يوضع موضع العلم(٢٢).

وجعل ابن سيده الظن شك ويقين، إلا أنه قصر تسمية الظن باليقين على يقين التدبر دون يقين العيان؛ إذ يقين العيان لا يقال فيه إلا: علم(٢٣).

قال الزركشي: "وقد تستعمل بمعنى اليقين؛ لأن الظن فيه طرف من اليقين لولاه كان جهلاً؛ كقوله تعالى: ﴿يَظُنُّونَ أَنَّهُم مُّلَٰقُوا۟ رَبِّهِمْ﴾(٢٤)، ﴿إِنِّى ظَنَنتُ أَنِّى مُلَٰقٍ﴾(٢٥)، ﴿وَظَنَّ أَنَّهُ ٱلْفِرَاقُ ﴿٢٨﴾﴾ القيامة: ٢٨(٢٦)، ﴿أَلَا يَظُنُّ أُو۟لَٰٓئِكَ ﴿٤﴾﴾(٢٧)"(٢٨).

ثم ذكر الزركشي ضابطين لطيفين للفرق بين الظن الوارد في القرآن بمعنى اليقين، والظن الوارد فيه بمعنى الشك؛ وهما:

الضابط الأول: أنه حيث وجد الظن محموداً مثاباً عليه فهو اليقين، وحيث وجد مذموماً متوعداً بالعقاب عليه فهو الشك.

الضابط الثاني: أن كل ظن يتصل به أنْ الخفيفة؛ فهو شك؛ كقوله تعالى: ﴿إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۗ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ﴾(٢٩)، وقوله تعالى: ﴿بَلْ ظَنَنتُمْ أَن لَّن يَنقَلِبَ

---

(٢١) مقاييس اللغة ٣/٤٦٢-٤٦٣.

(٢٢) انظر: الصحاح ٦/٢٤.

(٢٣) انظر: المحكم لابن سيده ١٠/٨.

(٢٤) من الآية رقم ٤٦ من سورة البقرة.

(٢٥) الآية رقم ٢٠ من سورة الحاقة.

(٢٦) الآية رقم ٢٨ من سورة القيامة.

(٢٧) من الآية رقم ٤ من سورة المطففين.

(٢٨) البرهان في علوم القرآن ٤/١٥٦.

(٢٩) من الآية رقم ٢٣٠ من سورة البقرة.

ٱلرَّسُولُ ﴾(٣٠)، وكل ظن يتصل به أنَّ المشددة؛ فالمراد به اليقين؛ كقوله تعالى: ﴿ إِنِّي ظَنَنتُ أَنِّي مُلَٰقٍ حِسَابِيَهْ ۝٢٠ ﴾الحاقة: ٢٠ (٣١)، وقوله: ﴿ وَظَنَّ أَنَّهُ ٱلْفِرَاقُ ۝٢٨ ﴾(٣٢) (٣٣).

وذكر الكفوي أن الظن من الأضداد؛ فيكون يقيناً ويكون شكاً، وأنه عند الفقهاء من قبيل الشك؛ لأنهم يريدون به التردد بين وجود الشيء وعدمه سواءً استويا، أو ترجح أحدهما، ونقل عن بعضهم أنه قد يطلق الظن بإزاء اليقين على الحكم الجازم المطابق غير المستند إلى علته، وعلى الجازم غير المطابق، وعلى غير الجازم(٣٤).

فعلم من خلال هذا التعريف اللغوي لكلمة الظن أنها تأتي بمعنى اليقين، ويستفاد من ذلك: أن بعض الظنون قد ترقى في نفس صاحبها لدرجة اليقين ولكنها في حقيقة الأمر تبقى ظناً، ومن هنا فليس كل ما ادعي أنه يقين كذلك؛ فقد يكون ظناً؛ ويندرج تحت قاعدتنا، ولعل هذا ما دعا العلماء للتوسع في الاحتجاج بالظنيات، وبذلك أجري الحكم في مسالك الظنون مجرى القطعيات وعمل بها في الاستدلال في الشرعيات.

أما في الاصطلاح: فقد عرف الظن بما يقرب من معنى الشك أكثر من قرب دلالته على اليقين؛ فعرف بأنه: الاعتقاد الراجح مع احتمال النقيض(٣٥)، وقيل: أحد طرفي الشك بصفة الرجحان(٣٦).

إلا أن هناك أمراً لا يخفى؛ وهو أن الظنون تتفاوت بتفاوت من صدرت منه، فبعضهم يعتقد شيئاً جازماً به، وهو ظن عند غيره، والعكس كذلك.

---

(٣٠) من الآية رقم ١٢ من سورة الفتح.

(٣١) الآية رقم ٢٠ من سورة الحاقة.

(٣٢) الآية رقم ٢٨ من سورة القيامة.

(٣٣) انظر: البرهان في علوم القرآن ١٥٦/٤، وانظر كذلك: الكليات للكفوي ٥٨٨، الموسوعة الفقهية الكويتية ١٧٨/٢٩ .

(٣٤) انظر: الكليات للكفوي ٥٩٣ .

(٣٥) انظر: التعريفات ١٨٧ .

(٣٦) انظر: التعريفات ١٨٧ .

ولذلك عرف الآمدي الظن بأنه: ترجح أحد الاحتمالين في النفس على الآخر من غير القطع (٣٧).

وعرفه الاصفهاني والمرداوي بأنه: ما يحتمل متعلقة النقيض عند الذاكر بتقديره، مع كونه راجحاً (٣٨).

فدل هذان التعريفان على أن الظن يتفاوت بتفاوت تقدير الظان؛ وذلك لتفاوت القرائح والأذهان ولما يعرض من الموانع من شخص لآخر(٣٩)، ويعلم منه أن الظن يترجح فيه أحد الاحتمالين باعتبار من صدر منه، ولا يلزم أن يكون ذلك موافقاً للواقع؛ فقد يكون في الواقع وهماً – وهو ما كان مرجوحاً –، أو يقين – وهو ما جزم فيه بنفي الاحتمال –، أو شك وهو ما تساوى فيه الاحتمالان عند الذاكر(٤٠)، ويظهر من هذا أهمية قاعدتنا هذه – لا عبرة بالظن البين خطؤه – ويلزم من ذلك توسيع مجالها؛ بتوسيع احتمال الخطأ في الظن وخضوعه لهذه القاعدة، وهو في ذات الوقت يوجب احترام ما ثبتت يقينيته والتسليم والرضا به، وعدم التغيير فيه.

وهذا يلقي على القاضي مسؤولية عظيمة بتحري الحق ووضع احتمال أن ما توصل إليه من قبيل الظن، وبناءً عليه يخضعه لهذه القاعدة، حتى يصل للحق وتبرأ ذمته أمام الله.

---

(٣٧) انظر: الإحكام ١/١٢ .

(٣٨) انظر: بيان المختصر ١/٥٤، التحبير ١/٢٥١، وانظر غيرها من التعريفات في: القطع والظن عند الأصوليين ١/٩٤-٩٩ .

(٣٩) انظر: شرح العمد ٢/١٤٥-١٤٦، بدائع الفوائد ٣/٢٧١، القطع والظن عند الأصوليين١/٩٣ .

(٤٠) انظر هذه المدركات وعلاقتها ببعضها في: بيان المختصر ١/٥٤، التحبير ١/٢٥٠-٢٥١، القطع والظن ١/١٠١ وما بعدها.

## المسألة الثالثة: معنى البيِّن وأسباب التبين

### أولاً: معنى البيِّن:

البيِّن: مصدر الفعل بان؛ تقول: بان الشيء بياناً: اتضح؛ فهو بيِّن، وكذلك: أبان الشيء فهو مبين، وهو الظهور والوضوح والانكشاف، والتبيين: الإيضاح والوضوح(٤١).

أما في الاصطلاح: فقد اختلفت طريقة الأصوليين في تعريف البيان؛ فمنهم من أطلقه على التبيين، وهو فعل المبين الذي يقوم ببيان الأمر الذي يريد بيانه، ومنهم من أطلقه على ما حصل به التبيين، وهو الدليل، ومنهم من أطلقه على متعلق التبيين؛ وهو المدلول؛ أي العلم الحاصل عن الدليل.

فكل من نظر إلى طرف من عملية البيان عرفه من خلالها، وعملية البيان مركبة من هذه الأركان الثلاثة: قائم بها، ودليل عليها، ومدلولها(٤٢).

والذي يهمنا هنا في هذه القاعدة: الأمر الثالث - وهو مدلول التبيين، والعلم الحاصل إثر القيام بالبيان - وذلك لأن قاعدتنا مفروضة في ظن تبين أنه خطأ؛ وهذا مدلول.

وبناءً على هذا فقد عرف البيان بأنه: العلم الذي يتبين به المدلول(٤٣).

ونقل البصري تعريفاً للبيان جاء فيه: إن البيان هو العلم الحادث؛ لأن البيان هو ما به يتبين الشيء، والذي به يتبين هو العلم الحادث، كما أن ما به يتحرك الشيء هو الحركة، ولهذا لا يوصف الله سبحانه: متبين؛ لما كان عالماً لذاته لا بعلم حادث(٤٤).

---

(٤١) انظر: مقاييس اللغة ٣٢٧/١، الصحاح ٤٩٥/٥، لسان العرب ٦٧/١٣، مادة: بين.

(٤٢) انظر: الإحكام للآمدي ٢٥/٣، إرشاد الفحول ١٦٨، البيان عند الأصوليين ١٧ وما بعدها.

(٤٣) انظر: المنخول ٦٤، المسودة ٥٧٢، إرشاد الفحول١٦٨ .

(٤٤) انظر: المعتمد ٣١٨/١ .

ثم اعترض البصري على تعريف البيان بالعلم وصحح تعريف بالبيان بالدلالة؛ وذلك لأن البيان العام هو الكشف والإيضاح؛ ألا ترى أنه يقال: بين لي فلان كذا وكذا إذا دل عليه، فهذا هو أظهر في العرف من العلم، وختم البصري كلامه بأنه لا يوصف العلم بأنه بيان؛ وإنما يوصف بأنه تبين(٤٥).

ووافق الآمدي الرأي القائل بأن حصول العلم يوصف بأنه تبين لا بيان؛ فقال: "حصول العلم عن الدليل يسمى تبيناً، والأصل في الإطلاق الحقيقة، فلو كان هو البيان أيضاً حقيقة لزم منه الترادف، والأصل عند تعدد الأسماء تعدد المسميات تكثيراً للفائدة، ولأن الحاصل عن الدليل قد يكون علماً وقد يكون ظناً، وعند ذلك فتخصيص اسم البيان بالعلم دون الظن لا معنى له مع أن اسم البيان يعم الحالتين"(٤٦).

ويؤخذ من هذا أن حصول العلم - وهو متعلق التبيين ومدلوله - هو التبين؛ وهو تفعل من البيان؛ قال الكفوي: "وهو علم يحصل بعد الالتباس"(٤٧).

والتبين هو المراد في قاعدتنا؛ إذ كون الظن بيِّنُ الخطأ لا يعرف إلا بعد التبين، ولذلك أسباب سنتناولها فيما يلي:

## ثانياً: أسباب خطأ الظن.

يرجع تبين خطأ الظن إلى تغير الاجتهاد في الجملة، إذ أنه حصول العلم أن الظن لم يصادف محلاً صحيحاً، وذلك لا يتم دون تغير الاجتهاد؛ لأن التعمد هنا غير وارد؛ إذ المسألة مفروضة في الخطأ الصادر عن غير قصد، فلم يبق للتبين سبباً وجيهاً سوى تغير اجتهاد من صدر منه الظن.

---

(٤٥) انظر: المعتمد ٣١٨/١ .

(٤٦) الإحكام ٢٥/٣.

(٤٧) الكليات ٦٧ .

كما أن تبين خطأ الظن قد يكون بسبب اطلاع غير من صدر منه الظن على أمر خفي على الظان، وهذان الأمران كلاهما سبب تغير حكم الاجتهاد، ولذا سنتناول هنا بعض تلك الأسباب على سبيل الإجمال.

وهذه الأسباب منها ما يتعلق بالمجتهد نفسه ونظره في الأدلة للاستنباط منها، ومنها ما يعود لتحقيق مناط الحكم على النوازل الذي هو أحد أضرب الاجتهاد، ومنها ما يتعلق بنظر مجتهد آخر في اجتهاد من سبقه واكتشافه لخطأ فيه، وسوف نذكر أهم الأسباب من هذه الجهات(٤٨):

## الجهة الأولى: أسباب تغير الاجتهاد المتعلقة بالمجتهد والقاضي:

وغالب هذه الأسباب متعلق بالاطلاع على الأدلة أو فهمها، ومن تلك الأسباب:

١-عدم بلوغ بعض أدلة المسألة للمجتهد - أو القاضي -، ومن لم يبلغه الحديث لم يكلف أن يكون عالما بموجبه، وإذا لم يكن قد بلغه وقد قال في تلك القضية بموجب ظاهر آية أو حديث آخر، أو بموجب قياس، أو موجب استصحاب: فقد يوافق ذلك الحديث تارة ويخالفه أخرى، ثم يبلغه من الأدلة ما لم يبلغه عند النظر الأول(٤٩).

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "وهذا السبب هو الغالب على أكثر ما يوجد من أقوال السلف مخالفاً لبعض الأحاديث؛ فإن الإحاطة بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تكن لأحد من الأمة. وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يحدث، أو يفتي، أو يقضي، أو يفعل الشيء فيسمعه أو يراه من يكون حاضراً، ويبلغه أولئك أو بعضهم

---

(٤٨) تكلمت في هذا الموضع عن الأسباب المتعلقة بالمجتهد ويدخل فيه القاضي حيث اشترط بعض العلماء ذلك الشرط في القاضي، علماً أن هناك أسباباً أخرى تتعلق بالقاضي المقلد، وسنتطرق لها. وانظر هذه الأسباب في بحث كتبته ونشر في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الكويت بعنوان: تجديد الاجتهاد وأثره في تغير الفتيا ص٥٥٨ وما بعدها، ونشر أيضاً في مجلة الحكمة العدد ٤٣ ص ٣٣٤ وما بعدها.

(٤٩) انظر: رفع الملام ٤، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله ٤٧١.

لمن يبلغونه؛ فينتهي علم ذلك إلى من يشاء الله من العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم ثم في مجلس آخر قد يحدث أو يفتي أو يقضي أو يفعل شيئا ويشهده بعض من كان غائباً عن ذلك المجلس ويبلغونه لمن أمكنهم؛ فيكون عند هؤلاء من العلم ما ليس عند هؤلاء، وعند هؤلاء ما ليس عند هؤلاء، وإنما يتفاضل العلماء من الصحابة ومن بعدهم بكثرة العلم أو جودته"(٥٠).

ويمكن أن نمثل لذلك بما ذكره شيخ الإسلام من قضايا لبعض الصحابة على كثرة ملازمتهم لرسول الله صلى الله عليه وسلم؛ ومنهم أبو بكر وعمر رضي الله عنهما؛ فقد سئل أبو بكر - رضي الله عنه - عن ميراث الجدة قال: ما لك في كتاب الله من شيء وما علمت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم من شيء ولكن أسأل الناس، فسألهم؛ فقام المغيرة بن شعبة، ومحمد بن مسلمة؛ فشهدا أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس(٥١)، وقد بلَّغ هذه السنة عمران بن حصين أيضاً، وليس هؤلاء الثلاثة مثل أبي بكر وغيره من الخلفاء، ثم قد اختصوا بعلم هذه السنّة التي قد اتفقت الأمة على العمل بها.

وكذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه لم يكن يعلم سنة الاستئذان حتى أخبره بها أبو موسى واستشهد بالأنصار(٥٢)، وعمر أعلم ممن حدثه بهذه السنّة.

ولم يكن عمر أيضاً يعلم أن المرأة ترث من دية زوجها، بل يرى إن الدية للعاقلة؛

---

(٥٠) رفع الملام عن الأئمة الأعلام ٤ .

(٥١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الفرائض - باب في الجدة ما لها من ميراث - ٣٦٣/٧ ، والترمذي في جامعه - مع تحفة الأحوذي أبواب الفرائض - باب ما جاء في ميراث الجدة ٢٣٣/٦، وقال حسن صحيح، والبيهقي في السنن الكبرى - كتاب الفرائض، باب ميراث الجدة والجدتين ٣٨٤/٦، وضعفه الألباني في إرواء الغليل ١٢٤/٦ .

(٥٢) رواه البخاري عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.
انظر: فتح الباري ١١/ ٤٣ .

حتى كتب إليه الضحاك بن سفيان - وهو أمير لرسول الله صلى الله عليه وسلم على بعض البوادي - يخبره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ورَّث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها، فترك رأيه لذلك، وقال: لو لم نسمع بهذا لقضينا بخلافه(٥٣).

ولم يكن يعلم حكم المجوس في الجزية؛ حتى أخبره عبد الرحمن بن عوف - رضي الله عنه - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: سنوا بهم سنة أهل الكتاب(٥٤).

٢-أن يرى المجتهد - أو القاضي - أن الدليل من السنة الذي بلغه لا يصلح للاحتجاج إما لضعفه،أو لأن في إسناده مجهولاً عنده ،أو متهماً،أو سيء الحفظ،وغيره ممن لا يحتج بروايته، وإما لأنه لم يبلغه الحديث مسنداً بل منقطعاً، وغير ذلك مما يؤثر على الاحتجاج بالحديث، ثم يثبت له خلاف ذلك فيغير اجتهاده بناءً على ما استجد له(٥٥).

٣-أن يكون المجتهد - أو القاضي - ممن يرى عدم الاحتجاج بدليل ما؛ كخبر الواحد، أو المصلحة، أو الاستحسان، أو العرف، وغيرها من الأدلة، أو اشتراطه شروطاً لقبول تلك الأدلة ،ثم يبدو له صحة الاحتجاج بها ،أو تتغير نظرته لشروط قبولها؛ فيتغير اجتهاده تبعاً لذلك (٥٦).

---

(٥٣) انظر هذا الأثر في: مصنف عبدالرزاق ٥٨/١٠، السنن الكبرى للبيهقي - كتاب الديات، باب دية الجنين - ١٩٨/٨، الفقيه والمتفقه ١٩٥/١، وأصله في أبي داود والنسائي والترمذي، وقال عنه الترمذي: حسن صحيح والعمل عليه عند أهل العلم، انظر: جامع الترمذي - مع تحفة الأحوذي، أبواب الديات - باب ما جاء في المرأة ترث من دية زوجها ٥٦١/٤، نصب الراية ٣٥٢/٤ .

(٥٤) رواه ابن ابي شيبة وعبدالرزاق وغيرهما، وقد قال عنه الزيلعي: غريب بهذا اللفظ، وضعفه الألباني.

انظر: مصنف ابن أبي شيبة ١١٢/٣، ٥٨٤/٧، مصنف عبدالرزاق ٦٨/٦-٦٩، جامع الأصول ٦٦٠/٢، نصب الراية ١٧٠/٣، إرواء الغليل ٨٨/٥ .

وانظر المزيد من الأمثلة على هذا السبب في: رفع الملام ٤-٧ .

(٥٥) انظر: رفع الملام ٧-٩ .

(٥٦) انظر بعض ما ورد في هذا السبب في: رفع الملام ٩.

٤-عدم معرفة المجتهد بدلالة الدليل، أو فهمه فهماً خاطئاً، والتنبه إلى دلالة جديدة لذلك الدليل لم يكن قد تنبه لها من قبل(٥٧).

ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية مثالاً لذلك: غرابة لفظ المزابنة والمحاقلة والمخابرة والملامسة والمنابذة والغرر وغير ذلك عند المجتهد، قال: "وكالحديث المرفوع: "لا طلاق ولا عتاق في إغلاق"(٥٨)؛ فإنهم قد فسروا: الإغلاق بالإكراه ومن يخالفه لا يعرف هذا التفسير، وتارة لكون معناه في لغته وعرفه غير معناه في لغة النبي صلى الله عليه وسلم، وهو يحمله على ما يفهمه في لغته بناء على أن الأصل بقاء اللغة، كما سمع بعضهم آثاراً في الرخصة في: النبيذ فظنوه بعض أنواع المسكر؛ لأنه لغتهم، وإنما هو ما ينبذ لتحلية الماء قبل أن يشتد، فإنه جاء مفسراً في أحاديث كثيرة صحيحة، وسمعوا لفظ الخمر في الكتاب والسنة فاعتقدوه عصير العنب المشتد خاصة بناء على أنه كذلك في اللغة، وإن كان قد جاء من الأحاديث أحاديث صحيحة تبين أن الخمر اسم لكل شراب مسكر"(٥٩).

فعندما يفهم المجتهد ذلك الفهم عن الدليل ويتصور دلالته بتلك الطريقة، ثم يتغير فهمه؛ فسوف يؤثر ذلك في اجتهاده الجديد ويؤدي إلى تغير الحكم الذي وصل له في بادي الرأي.

٥-عدم تصور المسألة المنظورة تصوراً كاملاً؛ فيقضي بناءً على هذا، ثم يتنبه لحقيقة

---

(٥٧) انظر: رفع الملام ١٠، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله ٤٧١.

(٥٨) أخرجه أحمد وأبو داود وابن ماجة وغيرهم، وحسنه الإمام الألباني.

انظر: المصنف لابن أبي شيبة-كتاب الطلاق، باب من لم ير طلاق المكره شيئاً -٣٨/٤، المسند للإمام أحمد ٢٧٦/٦، سنن أبي داود - كتاب الطلاق، باب الطلاق على غلط-٦٦٦/١، سنن ابن ماجة-كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي-٤٤٥/٣-٤٤٦، جامع الأصول٦٠٧/٧، نصب الراية ٢٢٣/٣، إرواء الغليل ١١٣/٧.

(٥٩) رفع الملام ١٠ .

ما نظر، فيقضي بخلافه.

ونظير ذلك – في الفتوى – ما حصل من النبي صلى الله عليه وسلم؛ فقد روى أهل السنن وغيرهم عن أبيض بن حمال قال: وفدت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستقطعته الملح؛ فقطعه لي، فلما وليت قال رجل: يا رسول الله تدري ما أقطعته ؟ إنما أقطعته الماء العد؛ فرجع فيه"(٦٠).

فإذا كان ذلك في حق النبي صلى الله عليه وسلم ففي حق المجتهد أولى.

٦– تقارب مدارك النظر في المسألة والمؤثرات فيها.

ومثاله: أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضى في امرأة توفيت وتركت زوجها وأمها وأخويها لأبيها وأمها وأخويها لأمها، فأشرك عمر بين الإخوة للأم والأب والإخوة للأم في الثلث فقال له رجل إنك لم تشرك بينهم عام كذا وكذا قال عمر تلك ما قضينا يومئذ وهذه على ما قضينا اليوم(٦١).

فإذا تأملنا الإخوة للأب والأم؛ وجدنا أنهم يشتركون مع الإخوة للأم في الأم، فمن هذه الجهة يمكن إلحاقهم بهم، وإذا نظرنا إلى قرابتهم من الميت وإرثهم وجدنا أنهم أصحاب تعصيب، والإخوة لأم أصحاب فرض، وأصحاب التعصيب إنما يرثون بعد أهل الفروض، فإن لم يبق شيء فلا يرثون شيئاً، فلتقارب مدارك النظر في المسألة وتغليب إحدى الوجهتين على الأخرى اختلف الاجتهاد في هذه المسألة وتغير.

---

(٦٠) قال عنه الترمذي: حديث غريب، والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم في القطائع؛ يرون جائزاً أن يقطع الإمام لمن رأى ذلك ،وقد أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف-كتاب الجهاد، باب ما قالوا في الوالي أله أن يقطع شيئاً من الأرض٦٤١/٧، أبو داود في سننه- كتاب الخراج والإمارة، باب إقطاع الأرضين - ١٩١/٢، والترمذي في جامعه -مع تحفة الأحوذي - كتاب الأحكام -باب ما جاء في القطائع-٥٢٦/٤، وانظر: الفقيه والمتفقه للخطيب البغدادي ٤٢١/٢، جامع الأصول ٥٧٨/١٠ .

(٦١) انظر: المصنف لعبد الرزاق ٢٤٩/١٠-٢٥٠، المصنف لابن أبي شيبة٣٣٤/٧، الفقيه والمتفقه ٤٢٦/٢، إعلام الموقعين ٨٦/١-٨٧ .

٧-أن يجد المجتهد معارضاً أقوى مما استند إليه في اجتهاده القديم وكان قد غفل عنه، وكذلك أنه ربما كان يعتمد على أمارة فبان عدم حجيتها، أو عمل بعموم فعثر على مخصص له، أو مطلق فظفر بمقيد له، أو اعتمد على أصل فالتفت إلى إشكال في جريانه ،أو اطلع على ناسخ قد أفتى بمنسوخه، أو غير ذلك مما يؤثر على رأي المجتهد أو طريقة اجتهاده(٦٢).

هذه بعض الأسباب المتعلقة بتغير اجتهاد المجتهد، وذكرناها للتمثيل، وأمثلتها في أقضية السلف وفتاواهم كثيرة.

## الجهة الثانية: أسباب تغير الاجتهاد المتعلقة بتحقيق مناط الحكم.

ذكر الأصوليون من أضرب الاجتهاد: تحقيق المناط، وأنه من الاجتهاد الذي لا ينقطع حتى تقوم الساعة(٦٣)، ويحتاج المجتهد في تحقيق المناط إلى الاجتهاد في توفر الشروط والأسباب وانتفاء الموانع -وهو ما يسمى اقتضاء الحكم -وذلك لأن الأحكام المتعلقة بالأفعال والأعيان تتبدل بالنظر إلى تبدل الأسباب التي تحققت فيها(٦٤).

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "الأحكام الثابتة بأفعالنا؛ كالملك الثابت بالبيع ، وملك البضع الثابت بالنكاح؛ نحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا، لم يثبته ابتداء؛ كما أثبت إيجاب الواجبات وتحريم المحرمات المبتدأة، فإذا كنا نحن المثبتين لذلك الحكم ولم يحرم الشارع علينا رفعه: لم يحرم علينا رفعه، فمن اشترى عينا فالشارع أحلها له وحرمها على غيره؛ لإثباته سبب ذلك - وهو الملك الثابت بالبيع -، وما لم يحرم الشارع عليه رفع ذلك فله أن يرفع ما أثبته على أي وجه

---

(٦٢) انظر: رفع الملام ١١-١٣، الاجتهاد والتقليد لرضا الصدر ص ٥٨ من مطبوعات دار الكتاب اللبناني ببيروت.

(٦٣) انظر: الموافقات ٤/٩٧-٩٨ .

(٦٤) انظر: مجموع الفتاوى ٢٩/١٥٣-١٥٤ .

أحب ما لم يحرمه الشارع عليه، كمن أعطى رجلاً مالاً؛ فالأصل أن لا يحرم عليه التصرف فيه، وإن كان مزيلاً للملك الذي أثبته المعطي ما لم يمنع منه مانع "(٦٥).

ومما ينبه له هنا: أن الحكم الشرعي من حيث هو لم تتبدل مشروعيته، وإنما التبدل والتغير منظور فيه إلى المحل الذي تعلق به الحكم، وما وجد فيه من سبب.

ونظراً لتوقف هذا الاجتهاد على طائفة من المؤثرات - وهي السببية والشرطية والمانعية - فإنه من أكثر أنواع الاجتهاد خطراً في التطبيق، وأكثرها عرضة للتغيير؛ إذ أنه يلتفت إلى الزمان والمكان والحال والشخص والنية، والتراتيب الإدارية، واختلاف الأوضاع، والتطورات المختلفة، مراعاة الضرورة، واعتبار المآل، وغيرها من أسباب تبدل تنزيل الحكم التي سنعرض لها ولأمثلتها فيما يلي:

أولاً: تغير الاجتهاد لتغير العرف والعوائد؛ وهو يعود إلى أمور كثيرة منها:

٨-اختلاف الناس في منازعهم ومشاربهم وأمزجتهم، ولذا فقد يقبح بعض الناس فعلاً يراه الآخرون حسناً وجميلاً، والعكس، ومن ذلك غطاء الرأس يراه كثير من المسلمين من لوازم المروءة، وتركه يخل بها، بينما يراه آخرون حسناً لا بأس فيه(٦٦)، وجرت العادة في بعض ديار المسلمين أن يدخل الزوج على زوجته في بيت والدها، وفي ديار أخرى يرون هذا قبيحاً(٦٧).

٩-اختلاف طبيعة الأرض والمناخ، فالبلاد تختلف وعورة وسهولة وبرودة وحرارة، ولهذا الاختلاف أثر في اختلاف عادات الناس في لباسهم وتصرفاتهم ومعاملاتهم(٦٨).

١٠- اختلاف الناس في سن البلوغ، واختلاف النساء في سن الحيض، ومقدار

---

(٦٥) مجموع الفتاوى ٢٩/١٥٣.

(٦٦) انظر: الموافقات ٢/٢٠٩، نظرات في أصول الفقه ٢٠٠-٢٠١.

(٦٧) انظر: نظرات في أصول الفقه ٢٠١.

(٦٨) انظر: نظرات في أصول الفقه ٢٠١.

الحيض والنفاس، ومدة الحمل، ومقدار الطهر بين الحيضتين، والاختلاف في السن الذي يكون فيه اليأس من المحيض (٦٩).

ثانياً: تغير الاجتهاد لتغير الزمان؛ وهذا السبب ينتظم عدداً من الحالات أشهرها حالتان:

١١- فساد الأخلاق، وضعف الوازع الديني، وبوار الذمم، وفقدان الورع، وغيره مما يسمى: فساد الزمان؛ ومن أمثلة ذلك: منع القاضي من القضاء بعلمه بعد أن كان يراه بعض العلماء، وذلك لفساد ذمم بعض القضاة؛ فسداً للذريعة يمنع القضاة عموماً من القضاء بعلمهم، وكذلك فإن المدين تنفذ تصرفاته في أمواله بالهبة والوقف والصدقة وسائر وجوه التبرع، ولو كانت ديونه مستغرقة أمواله كلها، باعتبار أن الديون تتعلق بذمته فتبقى أعيان أمواله حرة، فينفذ فيها تصرفه، وهذا مقتضى القواعد القياسية، ثم لما فسدت ذمم الناس، وأصبح المدينون يعمدون إلى تهريب أموالهم من وجه الدائنين عن طريق هبتها لمن يثقون بأنه سيردها لهم من قريب أو صديق، أفتى المتأخرون من الفقهاء بعدم نفاذ هذه التصرفات من المدين (٧٠).

ومن ذلك أمر عثمان رضي الله عنه بالتقاط ضوال الإبل مع أن الأصل عدم التقاطها، وإمضاء عمر رضي الله عنه الطلاق الثلاث لما تتابع الناس في الطلاق، والحكم بتضمين الصناع لأموال الناس التي تهلك في أيديهم محافظة على الأموال من الضياع، وكذلك القول بجواز التسعير بسبب فساد أخلاق الباعة (٧١).

١٢- تغير الاجتهاد لتطور الوسائل والأوضاع، وتطور التراتيب الإدارية واختلافها،

---

(٦٩) انظر: نظرات في أصول الفقه ٢٠١ .

(٧٠) انظر بتوسع في هذا السبب وأمثلته: المدخل الفقهي العام ٩٢٦/٢-٩٣٣ .

(٧١) انظر هذه الأمثلة وغيرها في: إعلام الموقعين ١١/٣وما بعدها، المدخل الفقهي العام ٩٣٣/٢-٩٣٤، الاجتهاد للدكتور عبدالمنعم النمر١٢٥-١٣٠، تبصير النجباء ٩٩-١٠٢، القواعد الفقهية الكبرى للسدلان٤٣٤ .

ويمثل لذلك بكتابة القرآن الكريم على الورق، ثم طباعته بعد ذلك، وتدوين السنة في عهد عمر بن عبدالعزيز، واستعمال بعض الوسائل التي تساعد على رؤية الأهلة وإثبات الأحكام المترتبة على ذلك من صيام رمضان والعيدين، وتدوين الدواوين، واستعمال الحاسبات الآلية لضبط المعاملات وحسابها واعتماد النتائج المالية التي تترتب عليها، وذلك لكثرة الإجراءات المالية التي تتوقف على استعمال هذه التقنية، والاستغناء في القبض بالمعاطاة آلياً مع أن الأصل القبض باليد، وكذا إجراء العقود عبر الوسائل المعاصرة بالاتصال من بعد وبدون رؤية أحد ركني العقد، وذلك تخفيفاً على الناس ورفعاً للحرج عنهم(٧٢).

ثالثاً: تغير الاجتهاد مراعاة لحال الضرورة الشرعية التي تحيط بالمكلف، وما تعم به البلوى؛ فحالة الاضطرار تختلف عن حالة الاختيار؛ كخلوة المرأة بالرجل الأجنبي بلا محرم، واطلاع الطبيب على عورة المرأة المريضة، وسفر المرأة بلا محرم، والحاجة إلى بعض المعاملات مما يكون فيها غرر، لكن الحاجة عليها أعظم من مفسدة الضرر المترتبة عليه (٧٣).

رابعاً: تغيير الاجتهاد تبعاً لمراعاة مقصد الشارع من تحقيق مصلحة ودرء مفسدة، حيث إن المجتهد ينبغي أن يربط اجتهاده بما يحقق المصلحة ويدفع المفسدة، فإذا اجتهد في مسألة وأفتى فيها بالجواز بناءً على ما تحققه من مصلحة، أو بالتحريم بناءً على ما تفضي إليه من مفسدة، فإذا تحولت الحال من إفضاء لمصلحة أو مفسدة؛ فإنه ينبغي تغيير الاجتهاد بناءً على تلك التحولات؛فيحرم ما أفضى لمفسدة وإن كان قبلاً

---

(٧٢) انظر بعض ما ورد في هذا الحالة: مجموعة رسائل ابن عابدين ٢/١٢٥، المدخل الفقهي العام ٢/٩٣٣-٩٣٨، تبصير النجباء١٠٢ -١٠٣ .

(٧٣) انظر هذا السبب والمزيد من الأمثلة عليه في: الاجتهاد للدكتور عبدالمنعم النمر ١٢٦-١٢٧، رفع الحرج للدكتور الباحسين ٤٣٤-٤٣٦، عموم البلوى ٤١٧-٥١١ .

مصلحة، وهكذا عكسه(٧٤).

ومثال ذلك: إيقاف عمر بن الخطاب رضي الله عنه سهم المؤلفة قلوبهم؛ وذلك لما رأى تبدل الأحوال واستغناء الإسلام عنهم، فلم يبق مقصود الشارع من إعطائهم(٧٥).

خامساً: تغير الاجتهاد نتيجة لسد الذريعة وفتحها؛ فإذا كانت هناك حالة تسد فيها الذريعة ثم تغير الحال؛ فإنه ينبغي تغيير الاجتهاد لفتح الذريعة؛ كما إذا كانت الذريعة تفضي لمحرم ثم أصبحت تفضي لمباح؛ فإنه ينبغي أن يتغير الاجتهاد للقول بالجواز بعد أن كان بالتحريم(٧٦).

ومثال ذلك: تحريم النقاب إذا كان ذريعة للفتنة، وتحريم لبس بعض أنواع اللباس إذا كان يفضي للرقة في الديانة، أو الكبر والخيلاء، ونحو ذلك.

وحل جميع ذلك بعد أن كان يفتى بتحريمه إذا زال السبب الذي لأجله كان التحريم.

سادساً: تغير الاجتهاد بناءً على اعتبار مآل الفعل، ومراعاة لنتائج التصرفات، فيفتي المجتهد بحرمة شيء لا لذاته، ولكن لما يؤول إليه التصرف، ويفتي بجواز شيء لا لذاته ولكن لما يفضي إليه من فائدة ومصلحة.

ومثالها من أقضية الصحابة: الامتناع من قسمة أراضي الفيء حتى لا يأتي من بعد الفاتحين فلا يجدون ما يعيشون عليه ومنه (٧٧)، والمنع من تزوج الكتابيات خشية أن يفتن نساء العرب ولا يجدن من ينكحهن، فقد نقل الطبري في تاريخه أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه بعث إلى حذيفة رضي الله عنه -بعد ما ولاه المدائن وكثر المسلمات-: أنه بلغني أنك تزوجت امرأة من أهل المدائن من أهل الكتاب فطلقها،

---

(٧٤) انظر: أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله ٤٧١ .

(٧٥) انظر: الأموال لأبي عبيد ٧٢١-٧٢٢، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور عبدالكريم زيدان١٠٢-١٠٣ .

(٧٦) انظر: الفروق ٢٦٦/٣، إعلام الموقعين ١٠٨/٣ وما بعدها، الموافقات٣٤٨/٢، سد الذرائع للبرهاني ١٧٥ وما بعدها.

(٧٧) انظر: الخراج لأبي يوسف ٢٤-٢٦، الأموال لأبي عبيد ٧٠ وما بعدها .

فكتب إليه: لا أفعل حتى تخبرني أحلال أم حرام وما أردت بذلك ؟ فكتب إليه: لا بل حلال، ولكن في نساء الأعاجم خلابة؛ فان أقبلتم عليهن غلبنكم على نسائكم، فقال: الآن، فطلقها" (٧٨).

سابعاً: عدم تحقق المناط في الواقعة الجديدة؛ لأسباب منها:

١- فوات شرط أو وجود مانع ، كما فعل عمر رضي الله عنه عندما أوقف القطع في السرقة عام المجاعة(٧٩).

٢- الخطأ في تحقيق المناط؛ ومن أمثلة ذلك: أن ابن عمر رضي الله عنه كان يسأله الرجل أيقسم زكاته ؟ فيقول: أدوها إلى الأئمة، ثم إنه رجع عن قوله في دفع الزكاة لهم، وقال ضعوها مواضعها (٨٠).

قال الخطيب البغدادي: "كان ابن عمر رضي الله عنهما يوجب دفع زكاة الأموال الباطنة إلى الأمراء؛ فلما أخبر أنهم لا يضعونها مواضعها رجع عن رأيه في الدفع إليهم، وأمر الناس أن يتولوا صرفها إلى الأصناف.."(٨١).

٣- تغير الاجتهاد لتغير المناط -العلة -من حال إلى حال؛ بحيث يحتاج في تحقيقه لاجتهاد وخاصة عند تغير المناط لتنزيله على الواقع الجديد؛ ومما يمثل به لذلك:

أ ) المكلف إذا تحقق فيه مناط الاستطاعة تعلقت به الأحكام المنوطة بالاستطاعة؛ كوجوب القيام في الصلاة، ووجوب أداء الصيام، والحج، وإذا تخلفت بأن كان غير قادر، فلا يجب عليه القيام في الصلاة، ولا أداء الصيام والحج.

---

(٧٨) انظر: تاريخ الطبري ٨٨/٣ .

(٧٩) انظر: الأموال لأبي عبيد ٤٦٤-٤٦٥، وانظر: أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله ٤٧١ .

(٨٠) انظر هذا الرأي عن ابن عمر في: الأموال لأبي عبيد٦٨٣، الفقيه والمتفقه ٤٢٣/٢ .
وانظر مجمل أقوال العلماء في المسألة في: الأموال لأبي عبيد ٦٧٨-٦٨٨ .

(٨١) الفقيه والمتفقه ٤٢٣/٢ .

ب ) المرأة ما دامت تحيض فعدتها ثلاث حيض، وإذا ما ارتفع حيضها اعتدت بالأشهر، فإذا ما عاد إليها الحيض اعتدت به.

ج ) المرأة محرمة قبل عقد النكاح عليها لهذا الرجل، وبعد العقد هي حلال، فإذا ما طلقها طلاقاً بائناً، أو خالعها، حرمت عليه.

د ) الخمر ما دامت مسكرة فهي محرمة، فإذا ما تخللت كانت مباحة.

هـ ) العقار المشاع بين شريكين يستحق به أحد الشريكين الشفعة على شريكه،فإذا ما قسم لم يستحق الشفعة(٨٢).

الجهة الثالثة: أسباب تغير الحكم لأسباب منها:

١-الخطأ المتعلق بالحكم ذاته وذلك لمخالفته النص أو ما في حكمه.

٢-الخطأ المتعلق بطرفي الحكم.

٣-الخطأ المتعلق بطرق إثبات الحكم.

وسوف نتناول هذه الأسباب في المطلب الثاني المتعلق بنقض الأحكام الثابتة بالظن

## المبحث الثاني

### المسألة الرابعة: معنى الخطأ

الخطأ ضد الصواب (٨٣)، وهو العدول عن الجهة (٨٤).

قال ابن فارس: "الخاء والطاء والحرف المعتل والمهموز يدل على تعدي الشيء والذهاب عنه...والخطاء من هذا؛ لأنه مجاوزة حد الصواب"(٨٥).

أما في الاصطلاح فقد عرف بتعريفات منها:

---

(٨٢) انظر هذه الأمثلة في: تحقيق المناط للدكتور صالح العقيل، مجلة العدل ع٢٦ ص١٣٩-١٤٠ .

(٨٣) انظر: الصحاح ٥٩/١، مختار الصحاح ١٧٩، لسان العرب ٦٥/١ مادة: خطأ، المصباح المنير ١٠٧ مادة: خطو.

(٨٤) انظر: المفردات في غريب القرآن ١٥٦ مادة: خطأ.

(٨٥) مقاييس اللغة ١٩٨/٢ مادة: خطوأ.

١-فعل يصدر من الإنسان بلا قصد إليه عند مباشرة أمر مقصود سواه، وهذا تعريف التفتازاني (٨٦).

٢-أن يقصد بالفعل غير المحل الذي يقصد به، وهذا تعريف ابن الهمام (٨٧).

وهذا التعريفان يتجهان للخطأ الذي يعذر به في الشرع، وهو الذي لا يتوفر فيه القصد إليه مباشرة، ولكن بعضهم أضاف نوعين آخرين - بالإضافة لهذا النوع - فذكر أن الخطأ على أضرب:

أحدها: أن يريد غير ما تحسن إرادته فيفعله، وهذا هو الخطأ التام المأخوذ به الإنسان، يقال: خطئ يَخطأ خطأً وخِطأة، قال تعالى: ﴿إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْـًٔا كَبِيرًا ﴿٣١﴾﴾(٨٨)، وقال: ﴿وَإِن كُنَّا لَخَٰطِـِٔينَ ﴿٩١﴾﴾(٨٩).

الثاني: أن يريد ما يحسن فعله ولكن يقع منه خلاف ما يريد؛ فيقال: أخطأ إخطاءً فهو مخطئ، وهذا قد أصاب في الإرادة وأخطأ في الفعل، وهذا المعني بقوله عليه الصلاة والسلام: إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان (٩٠)، وقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾(٩١)، وهذا الضرب هو المراد بالتعريفين الذين ذكرناهما للخطأ.

الثالث: أن يريد ما لا يحسن فعله ويتفق منه خلافه، فهذا مخطئ في الإرادة ومصيب

---

(٨٦) انظر: التوضيح على التنقيح مع شرح التلويح ٢/١٩٥.

(٨٧) انظر: التحرير مع شرحه تيسير التحرير ٢/٣٠٥، عوارض الأهلية للجبوري ٣٩٥.

(٨٨) من الآية رقم ٣١ من سورة الإسراء.

(٨٩) من الآية رقم ٩١ من سورة يوسف.

(٩٠) ورد هذا الحديث بألفاظ مختلفة لا يخلو كل منها من مقال؛ وأصحها اللفظ الذي ذكرته هنا، وقد أخرجه ابن ماجة في سننه -كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي- ٣/٤٤٤-٤٤٥، والبيهقي في سننه - كتاب الخلع والطلاق، باب ما جاء في طلاق المكره - ٧/٥٨٤-٥٨٥، وقال عنه الألباني: صحيح؛ انظر: إرواء الغليل ١/١٢٣، صحيح الجامع الصغير ٢/١١٩٥.

(٩١) من الآية رقم ٩٢ من سورة النساء.

في الفعل، فهو مذموم بقصده وغير محمود على فعله(٩٢).

قال الأصفهاني بعد ذكر هذه الأضرب: "وجملة الأمر أن من أراد شيئاً فاتفق منه غيره يقال أخطأ، وإن وقع منه كما أراده يقال أصاب، وقد يقال لمن فعل فعلاً لا يحسن، أو أراد إرادة لا تجمل: إنه أخطأ، ولهذا يقال أصاب الخطأ وأخطأ الصواب، وأصاب الصواب وأخطأ الخطأ، وهذه اللفظة مشتركة كما ترى مترددة بين معان يجب لمن يتحرى الحقائق أن يتأملها"(٩٣).

وهذه المعاني الثلاثة واردة في حق ظن القاضي، ولكنها تتفاوت من حيث المؤاخذة الأخروية، وأما في التصرفات وإمضائها فتخضع للقاعدة في الضربين الأولين، دون الثالث لموافقته الصواب في الظاهر، وإن كانت الإرادة الباطنة تخالفه.

## المطلب الثاني: المعنى العام للقاعدة، وأدلتها، ونشأتها ومكانتها بين القواعد

وفيه ثلاث مسائل:

### المسألة الأولى: المعنى العام للقاعدة

بعد استعراض معاني مفردات القاعدة في اللغة والاصطلاح؛ يمكن أن نصوغ معنى عاماً لهذه القاعدة يتجلى من خلاله مرادنا عند استعمالها في الفقه عامة وفي التطبيقات القضائية خاصة، وهذا المعنى مأخوذ من المعاني الاصطلاحية لمفردات هذه القاعدة؛ فيكون المعنى العام للقاعدة هو:

التصرف والفعل - من حكم قضائي أو فتوى أو استحقاق أو معاملة - إذا بني على

---

(٩٢) انظر: المفردات ١٥٦ مادة: خطأ.

(٩٣) المفردات ١٥٦ مادة: خطأ.

أمر متردد فيه بين طرفين لا مرجح لأحدهما على الآخر، أو مترجح أحد طرفيه في نظر المتصرف، ثم تبين وظهر خطأ ذلك الظن أو الاعتقاد؛ فيجب عدم الاعتداد بذلك الظن وعدم اعتباره وبناء الأحكام والتصرفات عليه، وينبغي أن يلغى ذلك الظن وما ترتب عليه من تصرفات وأحكام ويجعل كأن لم يكن، سواءً كان الخطأ ظاهراً ومبيناً للحال، أو كان خفياً ثم ظهر بعد، وسواءً كان ذلك الخطأ بقصد أو بغير قصد(٩٤).

## المسألة الثانية: أدلة القاعدة

توافرت الأدلة على أن الظن الذي تبين خطؤه ملغى ولا ينبغي أن تترتب عليه الأحكام، ومن ذلك ما يلي:

١- ما ثبت عند الأصوليين من أن النبي صلى الله عليه وسلم يجتهد، والاجتهاد ظن، وأن النبي قد يخطئ في اجتهاده ويصوبه الوحي (٩٥)؛ وقد دل على ذلك الوقوع(٩٦)؛ ومن ذلك ما جاء في صحيح مسلم في حديث طويل عن ابن عباس في غزوة بدر؛ قال: فلما أسروا الأسارى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لأبي بكر وعمر: ما ترون في هؤلاء الأسارى ؟ فقال أبو بكر: يا نبي الله هم بنو العم والعشيرة؛ أرى أن تأخذ منهم فدية فتكون لنا قوة على الكفار فعسى الله أن يهديهم للإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ما ترى يا بن الخطاب ؟ قلت: لا والله يا رسول الله؛ ما أرى الذي رأى

---

(٩٤) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام المادة ٧٢ ص ٧٢، شرح القواعد الفقهية ٣٥٧، الوجيز في قواعد الفقه الكلية ٢١٠، القواعد الفقهية الكبرى للسدلان ١٩٩-٢٠٠ .

(٩٥) انظر: العدة ٤/١٥٧٨-١٥٧٩، التبصرة ٥٢١-٥٢٤، المستصفى ٢/٣٥٥، التمهيد لأبي الخطاب ٣/٤١٢-٤٢٢، ميزان الأصول٤٦٢، الإحكام للآمدي ٤/١٦٥، شرح مختصر الروضة ٣/٥٩٣، الإبهاج مع المنهاج ٣/٢٤٦، نهاية السول ٤/٥٣٧، شرح العضد ٢/٢٩١-٣٠٣، البحر المحيط ٦/٢١٥-٢١٨، تيسير التحرير ٤/١٨٥، التحبير ٨/٣٨٩٠، شرح الكوكب المنير ٤/٤٧٥ .

(٩٦) انظر: العدة ٥/١٥٧٨، التمهيد ٣/٤١٢، أصول السرخسي ٢/٩١، الإحكام للآمدي ٤/١٦٥، شرح مختصر الروضة ٣/٥٩٤، المسودة ٥٠٧، أصول الفقه لابن مفلح٣/٩٢٤، فواتح الرحموت ٢/٣٦٦، التحبير ٨/٣٨٩٣ .

أبو بكر، ولكني أرى أن تمكنا فنضرب أعناقهم؛ فتمكن علياً من عقيل فيضرب عنقه، وتمكني من فلان – نسيبا لعمر – فأضرب عنقه؛ فإن هؤلاء أئمة الكفر وصناديدها، فهوى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قال أبو بكر، ولم يهو ما قلت، فلما كان من الغد جئت فإذا رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر قاعدين يبكيان، قلت: يا رسول الله أخبرني من أي شيء تبكي أنت وصاحبك فإن وجدت بكاءً بكيت، وإن لم أجد بكاءً تباكيت لبكائكما، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أبكي للذي عرض علي أصحابك من أخذهم الفداء، لقد عرض علي عذابهم أدنى من هذه الشجرة – شجرة قريبة من نبي الله صلى الله عليه وسلم – وأنزل الله عز وجل: ما كان لنبي أن يكون له أسرى حتى يثخن في الأرض إلى قوله: فكلوا مما غنمتم حلالاً طيباً (٩٧)، فأحل الله الغنيمة لهم (٩٨).

وعاتب الله نبيه محمداً صلى الله عليه وسلم عندما أذن لأناس استأذنوه في القعود عن غزوة تبوك فقالوا: إن أذن لكم فاقعدوا، وإن لم يأذن لكم فاقعدوا؛ فقال: عفا الله عنك لم أذنت لهم (٩٩)، وكذا عندما هم بالصلاة على رأس النفاق عبدالله بن أبي سلول نهاه الله؛ فقال: ولا تصل على أحد منهم مات أبداً ولا تقم على قبره (١٠٠).

فهذه الأخبار وغيرها تدل دلالة صريحة على أن الظن الخاطئ غير معتبر ولا يترتب

---

(٩٧) الآيات ٦٧-٦٩ من سورة الأنفال.

(٩٨) أخرجه مسلم في صحيحه – مع شرح النووي – كتاب الجهاد والسير، باب الإمداد بالملائكة في غزوة بدر – ١٢/٧٤-٧٥ . وانظر: أصول الفقه لابن مفلح ٣/٩٢٦، التحبير ٨/٣٨٩٦ .

(٩٩) من الآية رقم ٤٣ من سورة التوبة٠ وانظر: تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٤/١٥٩ .

(١٠٠) من الآية رقم ٨٥ من سورة التوبة.

وقد أخرج البخاري ومسلم هذه القصة في صحيحيهما، انظر: صحيح البخاري – مع فتح الباري – كتاب الجنائز، باب الكفن في القميص الذي يكف أو لا يكف، ومن كفن بغير قميص – ٣/١٣٨، صحيح مسلم – بشرح النووي – كتاب صفات المنافقين وأحكامهم، ١٧/١٠٢ . وانظر: تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٤/١٩٢-١٩٣ .

عليه الحكم، وقد صدرت عن النبي صلى الله عليه وسلم باجتهاد والاجتهاد ظن، ولكنه في حق النبي يؤول إلى القطع لتأييد الوحي أو تصويبه، فكان في حق أمته من باب الظن الذي يعترض عليه عند الخطأ فيصبح باطلاً غير معتبر.

٢-عن أم سلمة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو مما أسمع منه، فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه؛ فإنما أقطع له به قطعة من النار، وفي رواية: إنما أنا بشر (١٠١).

فدل هذا الحديث على أن الخطأ غير معتبر ولا يترتب عليه أثره، وقد أهدره النبي صلى الله عليه وسلم، وأمر بترك الحكم المبني على الخطأ وتوعد على عدمه بالنار.

قال النووي: "وفي هذا الحديث دلالة لمذهب مالك والشافعي وأحمد وجماهير علماء الإسلام وفقهاء الأمصار من الصحابة والتابعين فمن بعدهم أن حكم الحاكم لا يحل الباطل ولا يحل حراماً، فإذا شهد شاهدا زور لإنسان بمال؛ فحكم به الحاكم، لم يحل للمحكوم له ذلك المال، ولو شهدا عليه بقتل؛ لم يحل للولي قتله مع علمه بكذبهما، وإن شهدا بالزور أنه طلق امرأته ؛لم يحل لمن علم بكذبهما أن يتزوجها بعد حكم القاضي بالطلاق" (١٠٢).

٣-اشتهر عن الصحابة رضوان الله عليهم الرجوع عن آرائهم التي رأوها إلى أحاديث النبي صلى الله عليه وسلم إذا سمعوها ووعوها، وقد بوب الخطيب البغدادي

---

(١٠١) أخرجه البخاري ومسلم في صحيحيهما، انظر: صحيح البخاري - مع فتح الباري -، كتاب الأحكام - باب من قضي له بحق أخيه فلا يأخذه١٣/١٧٢، صحيح مسلم مع شرح النووي، كتاب الأقضية - باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة ١٢/٥-٦ .

(١٠٢) شرح النووي على صحيح مسلم ١٢/٦-٧، وانظر: فتح الباري ١٣/١٧٥-١٧٦ .

باباً في المروي عنهم في ذلك (١٠٣)، وباباً آخر عنونه بقوله: باب رجوع المفتي عن فتواه إذا تبين له أن الحق في غيرها (١٠٤)، وكذا عقد ابن عبدالبر باباً في ذكر الدليل في أقاويل السلف على أن الاختلاف خطأ وصواب (١٠٥) حتى إنه قال بعد أن ذكر طائفة من أفعالهم وأقوالهم: "قال أبو عمر: لأصحابنا من رد بعضهم لقول بعض بدليل وبغير دليل شيء لا يكاد يحصى كثرة، ولو تقصيته لقام منه كتاب كبير أكبر من كتابنا هذا، ولكني رأيت القصد إلى ما يلزم أولى وأوجب، فاقتصرنا على الحجة عندنا، وبالله عصمتنا وتوفيقنا"(١٠٦).

وقد ذكرنا في تضاعيف أسباب تغير الاجتهاد الذي يترتب عليه تبين الخطأ فيما سلف نبذة صالحة من رجوع السلف إلى الحق عند تبين الخطأ أو السهو والنسيان.

٤-الأثر المشهور عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأرضاه، والمعروف بـ كتابه لأبي موسى الأشعري في القضاء؛ وجاء فيه: "لا يمنعنك قضاء قضيته، ثم راجعت فيه نفسك، فهديت لرشدك أن تقضيه، فإن الحق قديم لا ينقضه شيء، والرجوع إلى الحق خير من التمادي في الباطل"(١٠٧).

قال ابن القيم: "وهذا كتاب جليل تلقاه العلماء بالقبول، وبنوا عليه أصول الحكم والشهادة، والحاكم والمفتي أحوج شيء إليه، وإلى تأمله والتفقه فيه"(١٠٨).

---

(١٠٣) انظر: الفقيه والمتفقه ١/٣٦٤-٣٦٩؛ ذكر ما روي من رجوع الصحابة عن آرائهم التي رأوها إلى أحاديث النبي صلى الله عليه وسلم إذا سمعوها ووعوها.

(١٠٤) انظر: الفقيه والمتفقه ٢/٤٢١-٤٢٧ .

(١٠٥) انظر: جامع بيان العلم وفضله ٢/٨٥-٨٩ .

(١٠٦) جامع بيان العلم وفضله ٢/٨٩.

(١٠٧) انظر: السنن الكبرى للبيهقي - كتاب آداب القاضي، باب من اجتهد ثم رأى أن اجتهاده خالف نصاً أو إجماعاً ٠٠٠ - ١٠/٢٠٤، شرح السنة للبغوي ١٠/١١٤، جامع بيان العلم وفضله ٢/٨٨، إعلام الموقعين ١/٦٨، خلاصة البدر المنير لابن الملقن ٢/٤٣٥.

(١٠٨) إعلام الموقعين ١/٦٨ .

وقد وضح ابن القيم المراد بمقولة عمر رضي الله عنه هذه فقال: "يريد: إذا اجتهدت في حكومة ثم وقعت لك مرة أخرى؛ فلا يمنعك الاجتهاد الأول من إعادته؛ فإن الاجتهاد قد يتغير ولا يكون الاجتهاد الأول مانعاً من العمل بالثاني إذا ظهر أنه الحق، فإن الحق أولى بالإيثار؛ لأنه قديم سابق على الباطل، فإن كان الاجتهاد الأول قد سبق الثاني؛ والثاني هو الحق؛ فهو أسبق من الاجتهاد الأول؛ لأنه قديم سابق على ما سواه، ولا يبطله وقوع الاجتهاد الأول على خلانه، بل الرجوع إليه أولى من التمادي على الاجتهاد الأول" (١٠٩).

٥-قصة عبدالله بن مسعود رضي الله عنه حينما أفتى رجلاً بحل أم امرأته التي فارقها قبل الدخول، ثم سافر إلى المدينة وتبين له خلاف هذا القول، فرجع إلى الكوفة، وطلب ذلك الرجل، وفرق بينه وبين أهله (١١٠)، قال ابن القيم: "فإنه لما ناظر الصحابة في تلك المسألة(١١١)؛ بينوا له أن صريح الكتاب يحرمها؛ لكون الله تعالى أبهمها فقال تعالى:

---

(١٠٩) إعلام الموقعين ١/٨٦ .

(١١٠) أخرجه عبدالرزاق في المصنف - كتاب النكاح، باب وأمهات نسائكم ٦/٢٧٣، والبيهقي في السنن الكبرى - كتاب النكاح، باب قول الله تعالى (وأمهات نسائكم)٠٠٠ ٧/٢٥٧-٢٥٨، والخطيب البغدادي في: الفقيه والمتفقه - باب رجوع المفتي عن فتواه إذا تبين له أن الحق في غيرها٢/٤٢٥ .

(١١١) المراد بهذه المسألة التي ذكرها ابن القيم هنا هي مسألة عود الضمير في قوله تعالى: اللاتي دخلتم بهن وهل يعود على الربائب فقط كونها آخر مذكور، فتحرم الربيبة بشرط الدخول بالأم، أم أن الضمير يعود على ما قبلها؛ فيشترط لحرمة أم الزوجة أن يكون الزوج قد دخل بابنتها، ولا يكتفى بمجرد العقد كما هو المشهور ؟

للعلماء في المسألة رأيان؛ والذي عليه جمهور السلف أن الأم تحرم بمجرد العقد على الابنة، ولا تحرم الابنة إلا بالدخول بالأم، قال القرطبي: "وبهذا قول جميع أئمة الفتوى بالأمصار"، ونسب القرطبي لبعض السلف أن الأم والربيبة سواء؛ لا تحرم واحدة منهما إلا بالدخول بالأخرى، وأن شرط الدخول راجع إلى الأمهات والربائب جميعاً، ونسبه لعلي بن أبي طالب على ما رواه خلاسٌ عنه، وذكر القرطبي وغيره أنه روي عن ابن عباس وجابر وزيد بن ثابت، وأنه قول ابن الزبير ومجاهد؛ وأن مجاهد قال: الدخول مراد في النازلتين، ولم ينسب القرطبي ولا الجصاص، ولا الكيا الهراسي هذا القول لابن مسعود كما فعل عبدالرزاق والبيهقي ونقله عنه ابن القيم وذكرنا كلامه عنه بعاليه.

انظر: الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٥/٩٣،أحكام القرآن للجصاص٢/١٤٣-١٤٤ ،أحكام القرآن للكيا الهراسي٢/٣٩٥، التحرير والتنوير ٤/٢٩٩ .

﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾(١١٢)، وظن عبدالله أن قوله: ﴿ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾(١١٣) راجع إلى الأول والثاني، فبينوا له أنه إنما يرجع إلى أمهات الربائب خاصة، فعرف أنه الحق، وأن القول بحلها(١١٤) خلاف كتاب الله تعالى، ففرق بين الزوجين، ولم يفرق بينهما بكونه تبين له أن ذلك خلاف قول زيد أو عمرو، والله أعلم"(١١٥).

٦-أن عبد الرحمن بن أبي هريرة، سأل عبد الله بن عمر، عما لفظ البحر، فنهاه عن أكله، قال نافع: ثم انقلب عبد الله، فدعا بالمصحف فقرأ: أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة (١١٦)، قال نافع: " فأرسلني عبد الله بن عمر إلى عبد الرحمن بن أبي هريرة أنه لا بأس بأكله "(١١٧).

٧-الإجماع على أن الظن إذا كان خاطئاً - بأن خالف القاطع - فإنه ينقض، وممن حكى الاتفاق على ذلك: عضد الدين الإيجي (١١٨)، والأصفهاني (١١٩)، وغيرهما (١٢٠).

هذه بعض الأدلة على أن الظن غير معتبر إذا كان خطأً، ولا تبنى عليه الأحكام.

---

(١١٢) من الآية رقم ٢٣ من سورة النساء.

(١١٣) من الآية رقم ٢٣ من سورة النساء.

(١١٤) أي حل أم الزوجة لزوج ابنتها التي عقد عليها ولم يدخل بها، فقد فهم ابن مسعود من عود الضمير أنها تحل لزوج ابنتها ما لم يدخل بالبنت، والصواب أنها لا تحل لزوج ابنتها بمجرد عقده على البنت، ولا يشترط الدخول بالبنت، وهذا ما ناظر الصحابة ابن مسعود فيه فرجع إلى قولهم بعد أن ظهر له الحق، وأن القول بحل أم الزوجة لزوج ابنتها لأن الزوج لم يدخل بالبنت؛ هو خلاف كلام الله الذي حرمها بمجرد العقد.

(١١٥) إعلام الموقعين ٤ / ١٧٣ .

(١١٦) من الآية رقم ٩٦ من سورة المائدة.

(١١٧) أخرجه الإمام مالك في الموطأ - كتاب الصيد - باب ما جاء في صيد البحر ٢/ ٤٩٤، والبيهقي في السنن الكبرى - كتاب الصيد والذبائح - باب ما لفظ البحر وطفا من مينة٩/ ٤٢٥، والخطيب البغدادي في الفقيه والمتفقه - باب رجوع المفتي عن فتواه إذا تبين له أن الحق في غيرها ٢/ ٤٢٤ .

(١١٨) انظر: شرح العضد ٢/ ٣٠٠ .

(١١٩) انظر: بيان المختصر ٣/ ٣٢٧ .

(١٢٠) انظر: إرشاد الفحول ٢٦٣، أصول الفقه الإسلامي للزحيلي٢/ ١١١٥ .

## المسألة الثالثة: نشأة القاعدة ومكانتها بين القواعد.

### أولاً: نشأة القاعدة:

١-استندت بدايات صياغة هذه القاعدة الفقهية إلى كتاب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه لعامله على العراق أبي موسى الأشعري(١٢١)، وكان مما جاء فيه: لا يمنعنك قضاء قضيته، ثم راجعت فيه نفسك، فهديت لرشدك أن ترجع إلى الحق، فإن الحق قديم لا ينقضه شيء، والرجوع إلى الحق خير من التمادي في الباطل، فقد دل هذا الكلام على إهدار الظن الخاطئ والأمر بتركه، وذلك لأن هناك حقاً قد تقدمه؛ إذ الحق قديم ولا ينقضه شيء، وقد يطرأ الباطل عليه، أو يبقى الحق كما هو، فإذا طرأ الباطل على الحق وجب ترك الباطل متى ما تبين كونه باطلاً؛ إذ لا عبرة به مع وجود الحق.

٢-وبعد ذلك وقفت في كلام الإمام الشافعي رحمه الله على قاعدة تفيد أن الظن يترك إذا تعارض مع الأصل، ونص تلك القاعدة: لا تمنع الحقوق بالظنون ولا تملك بها (١٢٢)، وقد علل بها الشافعي لعدم رفع اليد عن الملك لوجود ظن ناقل عن الملك لمجرد دعوى بذلك، ونص الفرع الذي ذكره الشافعي: "وإذا اعترف الرجل الدابة في يدي رجل؛ فأقام رجل عليها بينة أنها له: قضى له القاضي بها، فإن ادعى الذي هي في يديه أنه اشتراها من رجل غائب لم يحبس الدابة عن المقضي له بها، ولم يبعث بها إلى البلد الذي فيها البيع - كان البلد قريباً أو بعيداً - ولا أعمد إلى مال رجل فأبعث به إلى البلد لعله يتلف قبل أن يبلغه بدعوى إنسان لا أدري كذب أم صدق، ولو علمت أنه صدق ما كان لي أن أخرجها من يدي مالكها نظراً لهذا أن لا يضيع حقه على المغتصب، لا تمنع الحقوق بالظنون ولا تملك بها، وسواءً كان الذي استحق الدابة مسافراً أو غير

---

(١٢١) سبق ذكره عند ذكر الأدلة على هذه القاعدة.

(١٢٢) انظر: الأم ٨٢/٤ .

مسافر، ولا يمنع منها ولا تنزع من يديه إلا أن يطيب نفساً عنها، ولو أعطي قيمتها أضعافاً؛ لأنا لا نجبره على بيع سلعته"(١٢٣).

٣-وورد المعنى الذي تضمنته القاعدة في كلام المقري ت٧٥٨ هـ؛ فقال: "العلم ينقض الظن؛ لأنه الأصل، وإنما جاز الظن عند تعذره، فإذا وجد على خلافه بطل"(١٢٤)، وقال في الكليات الفقهية: "كل حكم خالف النص أو الإجماع أو كان من غير دليل، أو أخطأ المذهب المقصود - وقيل: أو القواعد أو القياس الجلي؛ فإنه يفسخ، وإلا فلا، إلا أنه ينقض ما ظهر خطؤه من أحكام نفسه" (١٢٥).

٤-وأول من صرح بالقاعدة بصيغتها - فيما وقفت عليه - الإمام البيضاوي ت ٦٨٥هـ؛ وذلك في معرض تعليله لأداء الواجب في آخر الوقت، وهل يكون قضاءً أو أداءً؟ بناءً على ظنه أنه لن يعيش لآخر الوقت، وعبارة البيضاوي: "ولو ظن المكلف أنه لا يعيش إلى آخر الوقت تضيق عليه، فإن عاش وفعل في آخره فقضاء عند القاضي(١٢٦) أداء عند الحجة(١٢٧)؛ إذ: لا عبرة بالظن البين خطؤه"(١٢٨)، وتابعه عليه شراحه(١٢٩)، وبعض الأصوليين(١٣٠).

٤-أما عند متقدمي علماء القواعد الفقهية؛ فقد وردت القاعدة بمعناها في كلام ابن رجب في قاعدتين متتاليتين؛ فقال في القاعدة الخامسة والستين: "من تصرف في شيء

---

(١٢٣) الأم ٨٢/٤ .

(١٢٤) القواعد للمقري ٣٧٢/٢ .

(١٢٥) الكليات الفقهية ١٨٤ .

(١٢٦) أي: الباقلاني، انظر: نهاية السول ١٢٠/١ .

(١٢٧) أي: حجة الإسلام الغزالي، انظر: نهاية السول ١٢٠/١ .

(١٢٨) منهاج الوصول - مع نهاية السول - ١٠٩/١ .

(١٢٩) انظر: الإبهاج ٨٠/١، نهاية السول ١٢٠/١، شرح المنهاج للأصفهاني ٨٠/١.

(١٣٠) انظر: التحبير ٩١٧/٢ .

يظن أنه لا يملكه فتبين أنه كان يملكه ، فيها الخلاف"(١٣١)، وقال في القاعدة السادسة والستين: "لو تصرف مستنداً إلى سبب ثم تبين خطؤه فيه - وأن السبب المعتمد غيره وهو موجود -؛ فهو نوعان: أحدهما: أن يكون الاستناد إلى ما ظنه صحيحاً أيضاً؛ فالتصرف صحيح؛ مثل أن يستدل على القبلة بنجم يظنه الجدي ثم تبين أنه نجم آخر مسامته. والثاني: أن لا يكون ما ظنه مستنداً استناداً صحيحاً؛ مثل أن يشتري شيئاً ويتصرف فيه؛ ثم تبين أن الشراء كان فاسداً؛ وأنه ورث تلك العين؛ فإن قلنا في القاعدة الأولى- وهي الخامسة والستين - بالصحة؛ فهنا أولى، وإن قلنا ثم بالبطلان فيحتمل هنا الصحة؛ لأنه استند إلى سبب مسوغ وكان في نفس الأمر له مسوغ غيره؛ فاستند التصرف إلى مسوغ في الباطن والظاهر، بخلاف القسم الذي قبله"(١٣٢)، وهذه القاعدة تتناول الخطأ في وسيلة الحكم إذا صادفت صواباً لسبب آخر غير الذي استند إليه القاضي.

٥-وأول من وقفت على تصريحه بها بهذه الصيغة هو الزركشي ت ٧٩٤هـ، وذلك في المنثور في القواعد؛ فقد قال: "الظن إذا كان كاذباً فلا أثر له، ولا عبرة بالظن البين خطؤه"(١٣٣)، ثم السيوطي ت٩١١هـ في الأشباه والنظائر(١٣٤)، والحاوي في الفتاوى(١٣٥)، وابن نجيم ت ٩٧٠هـ في الأشباه والنظائر(١٣٦) .

٦-وبعد ذلك استعملها الفقهاء في مصنفاتهم للتعليل بها في مسائل مختلفة؛

---

(١٣١) تقرير القواعد وتحرير الفوائد ١١٧ .

(١٣٢) تقرير القواعد وتحرير الفوائد ١١٨ .

(١٣٣) المنثور ٣٥٢/٢، وانظر كذلك: ٣١٠/٣ .

(١٣٤) انظر: الأشباه والنظائر ٢٨٩ .

(١٣٥) انظر: الحاوي في الفتاوي ١٩٨/١ .

(١٣٦) انظر: الأشباه والنظائر ١٦١ .

ومنهم: زكريا النصاري ت٩٢٦هـ(١٣٧)، وابن حجر الهيتمي ت(١٣٨)٩٧٤،والخطيب الشربيني ت(١٣٩)٩٧٧، وزين الدين المليباري ت٩٨٧هـ(١٤٠)، وأحمد بن قاسم العبادي ت٩٩٢هـ (١٤١)، وأبو محمد بن غانم البغدادي ت١٠٣٠هـ(١٤٢)، وغيرهم(١٤٣).

٧-ثم إنه اشتهر استعمال هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية العثمانية ونسبها بعض شراح المجلة للأشباه والنظائر لابن نجيم (١٤٤)، وجعلها مدونو المجلة المادة الثانية والسبعين من مواد تلك المجلة، ونقلها عنهم بعض من كتب في القواعد الفقهية كتباً مفرداً؛ مثل أحمد الزرقا وابنه مصطفى (١٤٥).

## ثانياً: مكانة القاعدة بين القواعد:

تمثل هذه القاعدة إحدى القواعد الكلية التي يتخرج عليها ما لا ينحصر من الصور الجزئية كما قال السيوطي(١٤٦)وهي القاعدة الثالثة والثلاثين من تلك القواعد (١٤٧)،

---

(١٣٧) انظر مثلاً: أسنى المطالب في شرح روض الطالب ١/٢٢٦، ٢٢٩، ٢/٤٨٣، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب١/١١٨، ١٤٤، ٢٠٩ .

(١٣٨) انظر مثلاً: الفتاوى الكبرى الفقهية ٣/٥٧، ٧٠، ٧٣، ١٠١، ٤/١٦٦ .

(١٣٩) انظر مثلاً: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ١/١٩٧، مغني المحتاج ١/٢٥٣، ٢٥٧، ٤٣٢، ٤/١٥٩ .

(١٤٠) انظر مثلاً: فتح المعين بشرح قرة العين ٢/٢٣٥ .

(١٤١) انظر مثلاً: حواشي الشرواني والعبادي ٢/٢٩١، ٣٤٩، ٩/١٢٦ .

(١٤٢) انظر: مجمع الضمانات ٤٥٤ .

(١٤٣) ومنهم: شمس الدين بن شهاب الدين الرملي ت١٠٠٤ في: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ٢/٩١، ٢٢٩، ٣/١٦٠، ١٧٤، وشهاب الدين القليوبي ت١٠٦٩ في: حاشيته على شرح الجلال المحلي على منهاج الطالبين ١/٢٨٨، والخرشي ت١١٠١هـ في: شرحه على مختصر خليل١/٢١٤، ٢/٩٧، وعلي الصعيدي العدوي المالكي ت١١٨٩هـ في: حاشيته على شرح كفاية الطالب الرباني ١/٣٠٧، وسليمان الجمل ت١٢٠٤ في: حاشيته على منهج الطلاب ١/١٥٣، ٢/٥٧٣، ٣/١٠٨، ٤٥٠، والبجيرمي ت١٢٢١ في: حاشيته على شرح منهج الطلاب ١/٤١٦، ٤١٨، والطحطاوي ت١٢٣١ في: حاشيته على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح ١/٤٤٦، وابن عابدين ت١٢٥٢ في: رد المحتار ٢/٤٤٨ وغيرها.

(١٤٤) انظر: مجلة الأحكام العدلية بشرحها درر الحكام لعلي حيدر ١/٧٢ .

(١٤٥) انظر: شرح القواعد الفقهية ٣٥٧، المدخل الفقهي العام ٢/٩٧٦ .

(١٤٦) انظر: الأشباه والنظائر ٢٠١ .

(١٤٧) انظر: الأشباه والنظائر ٢٨٩ .

وقد قسم ابن نجيم القواعد الكلية إلى نوعين: القواعد الخمس الكبرى، ونوع ثانٍ من القواعد أقل من تلك القواعد الخمس وهي قواعد كلية يتخرج عليها ما لا ينحصر من الصور الجزئية (١٤٨)، وذكر هذه القاعدة من بينها وهي القاعدة السابعة عشرة من تلك القواعد (١٤٩).

وذكر كل منهما طائفة من الفروع المختلفة من أبواب متفرقة تندرج تحت هذه القاعدة.

والملاحظ أن هذه القاعدة منبثة في الفقه الإسلامي؛ فلها فروع مختلفة تشمل: الاجتهاديات، وأحكام القضاة، والعبادات، والمعاملات الجارية بين الناس من عقود وإقرار وإبراء، وغير ذلك؛ فتجدها في الوضوء والصلاة، والصيام، والزكاة، والحج، والنكاح، والطلاق، والنفقة، والبيوع، والإجارة، والغصب، والقرض، والضمان، والإقرار، والدعاوى والبينات، وغيرها (١٥٠).

فظهر أن هذه قاعدة كلية من قواعد الفقه الإسلامي.

وقد اعتبرها بعض المصنفين من القواعد المتفرعة عن قاعدة: اليقين لا يزول بالشك، والمندرجة تحتها؛ وبين سبب ذلك وهو أن المجتهد في المسائل الظنية إذا عرض له استنباط أو دليل آخر أقوى؛ فيجب الرجوع عن قوله الأول إلى ذلك القول الآخر؛ لأن القول الأول ثبت أنه كان مبنياً على ظن خاطئ، والظن الخاطئ

---

(١٤٨) انظر: الأشباه والنظائر ١٠٤ .

(١٤٩) انظر: الأشباه والنظائر ١٦١ .

(١٥٠) انظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ٢١٠، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها ٢٠٠-٢٠٤ .
وقد ذكرت بعض الفروع من أبواب الفقه المختلفة في المرجعين السابقين وفي: الأشباه والنظائر للسيوطي ٢٨٩ وما بعدها، ولابن نجيم ١٦١ وما بعدها، غمز عيون البصائر ١/٤٥٨، الفوائد الجنية ٢/٣٢٧، درر الحكام ١/٧٢، شرح القواعد الفقهية للزرقا ٣٥٧ وما بعدها.

لا يزيل اليقين الراجح(١٥١).

## المبحث الثاني: أحكام متعلقة بالقاعدة

وفيه مطلبان:

### المطلب الأول: حجية الظن في الشريعة

بما أن هذه القاعدة تناولت إهدار الظن عند تبين خطئه فهل ذلك دليل على أن الظن معتبر في الشريعة ومأمور بالعمل به في غير حالة تبين الخطأ؟

من المهم الكلام عن هذه المسألة - باختصار - ليعرف هل الأصل العمل بالظن؟ ويظهر من خلاله أهمية ترك الظن وعدم اعتباره والاعتداد به؛ فإنه قد يتساءل المطالع لهذه القاعدة عن أهميتها، ولن تتجلى له تلك الأهمية إلا إذا عرف اعتبار الشرع للظن من عدمه، فإذا كان معتبراً علم أنه لا يترك إلا بدليل قوي، وإن كان غير معتبر لم يظهر لهذه القاعدة عظيم أثر.

والحقيقة أن اعتناء العلماء بهذه القاعدة يوحي بأهمية الظن في الشريعة، وأن العمل فيها مبني عليه كما يبنى على اليقين - مع فرق بينهما من حيث القوة عند التعارض - ولذا أحببت أن أضع نبذة يسيرة عن مدى اعتبار الظن في الشريعة.

---

(١٥١) انظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ٢١٠، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها ١٩٧، وشرح ابن القيم لكلام عمر رضي الله عنه في كتابه لأبي موسى يساعد على هذا الربط بين القاعدتين؛ فقد قال: "يريد: إذا اجتهدت في حكومة ثم وقعت لك مرة أخرى؛ فلا يمنعك الاجتهاد الأول من إعادته؛ فإن الاجتهاد قد يتغير ولا يكون الاجتهاد الأول مانعاً من العمل بالثاني إذا ظهر أنه الحق، فإن الحق أولى بالإيثار؛ لأنه قديم سابق على الباطل، فإن كان الاجتهاد الأول قد سبق الثاني؛ والثاني هو الحق؛ فهو أسبق من الاجتهاد الأول؛ لأنه قديم سابق على ما سواه، ولا يبطله وقوع الاجتهاد الأول على خلانه، بل الرجوع إليه أولى من التمادي على الاجتهاد الأول" إعلام الموقعين ١/٨٦.

فقد اختلف العلماء في العمل بالظن في الشريعة على أقوال نذكرها إجمالاً:

القول الأول: وجوب العمل بالظن في الشريعة - أصولها وفروعها - وبه قال جمهور من الأصوليين.

قال الجصاص: "هذه الضروب من الاجتهاد كلفنا فيه الحكم بما يؤدي إليه غالب الظن" (١٥٢).

وقال أبو يعلى الفراء: "الظن طريق للحكم إذا كان عن أمارة مقتضية للظن، ولهذا يجب العمل بخبر الواحد إذا كان ثقة، ويجب العمل بشهادة الشاهدين"(١٥٣).

وقال الشيرازي: "لا يمتنع أن يجوز الحكم بغلبة الظن وإن أمكن الرجوع إلى العلم"(١٥٤).

وقال ابن السمعاني: "الأحكام تثبت بغالب الظن"(١٥٥).

وقال الإسنوي في تعليله لتغير اجتهاد المجتهد في الخلف أفسخ أم طلاق ؟: "إنه يظن الآن أن اجتهاده الأول خطأ، والعمل بالظن واجب"(١٥٦).

وقال الحافظ بدر الدين العيني: "وقد تعبدنا بتنفيذ الحكم فيه والاقتصار على غالب الظن وإجراء الحكم واجب وذلك نحو ما تعبدنا به من قبول شهادة العدول وتحري القبلة وتقويم المستهلكات وأرش الجنايات التي لم يرد مقاديرها بتوقيف من قبل الشرع فهذا ونظائره قد تعبدنا فيه بغالب الظن"(١٥٧).

---

(١٥٢) الفصول في الأصول ١٢/٤ .

(١٥٣) العدة في أصول الفقه ٨٣/١ .

(١٥٤) شرح اللمع ١٠٩٠/٢، وانظر: التبصرة ٥٢٠ .

(١٥٥) قواطع الأدلة ٩٨/٢ .

(١٥٦) نهاية السول ٥٧٤/٤ .

(١٥٧) عمدة القاري ٢١٥/٢٢ .

وهذا القول مختار الرازي(١٥٨)، وابن قدامة(١٥٩)، والنسفي(١٦٠)، والقرافي(١٦١)، والطوفي(١٦٢)، والشاطبي(١٦٣)، وابن اللحام(١٦٤)، وقال ابن عبدالبر إنه قول أكثر أهل الفقه والأثر؛ وذلك في معرض كلامه عن حجية خبر الواحد في الأصول؛ ونص كلامه: "الذي نقول به: إنه يوجب العمل دون العلم؛ كشهادة الشاهدين والأربعة سواء، وعلى ذلك أكثر أهل الفقه والأثر، وكلهم يدين بخبر الواحد العدل في الاعتقادات ويعادى ويوالى عليها، ويجعلها شرعاً وديناً في معتقده، على ذلك جماعة أهل السنة"(١٦٥).

وقد استدلوا بأدلة منها:

١-عموم الأدلة الدالة على اعتبار ظن المكلف والإحالة عليه؛ كقوله تعالى: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ﴾(١٦٦)، وقوله: ﴿ لَّوْلَآ إِذْ سَمِعْتُمُوهُ ظَنَّ ٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بِأَنفُسِهِمْ خَيْرًا ﴿١٢﴾ ﴾(١٦٧)، وقول النبي صلى الله عليه وسلم: ما أظن أن فلاناً وفلاناً يعرفان من ديننا شيئاً (١٦٨)، وغيرها(١٦٩).

٢-أن الله تعالى أمرنا بالحكم بشهادة العدول مع أن الأمر قد يكون على خلاف

---

(١٥٨) انظر: المحصول ٤/٣٩٠ .

(١٥٩) انظر: روضة الناظر ٣/٨٨٦ .

(١٦٠) انظر: كشف الأسرار ٢/١٧ .

(١٦١) انظر: شرح تنقيح الفصول ١٥٦ .

(١٦٢) انظر: شرح مختصر الروضة ١/٣٢٧ .

(١٦٣) انظر: الموافقات ١/٣٣٩ .

(١٦٤) انظر: القواعد والفوائد الأصولية ٤ .

(١٦٥) التمهيد ١/٨ .

(١٦٦) من الآية رقم ٢٣٠ من سورة البقرة.

(١٦٧) من الآية رقم ١٢ من سورة النور .

(١٦٨) أخرجه البخاري في كتاب الأدب - باب ما يكون من الظن، صحيح البخاري مع فتح الباري ١٠/٤٨٥، وانظر: جامع الأصول ١١/٥٧٢-٥٧٣ .

(١٦٩) انظر مزيد من الأدلة في: القطع والظن عند الأصوليين ٢/٥٠٥-٥٠٧ .

ما شهدوا به، وعلى ذلك حصل الإجماع ، وهذا من الحكم بالظن(١٧٠)، قال الطوفي: "وبالجملة، فقد أريقت الدماء، واستبيحت الفروج، وملكت الأموال شرعا، بناء على ظواهر النصوص، والعمومات والأقيسة وأخبار الآحاد، والبينات المالية، وإنما يفيد ذلك جميعه الظن"(١٧١).

القول الثاني: عدم جواز العمل بالظن إلا عند تعذر القطع ، وبه قال الشاشي (١٧٢)، وأبو الحسين البصري(١٧٣)، والباجي(١٧٤)، وأبو الخطاب(١٧٥).

وقد استدل هؤلاء بأدلة منها:

٣-أن العاقل لا يحسن منه العمل بالظن في أمر يتمكن من القطع به فيما يتعلق بمصالحه ومضاره(١٧٦).

٤-أن الأصل في التكاليف أن ينحصر العمل بما هو مقطوع به، واستثني من ذلك العمل بالظن فيما لا نستطيع فيه تحصيل القطع ؛ فيبقي ما أمكن فيه القطع على منع العمل فيه بالظن(١٧٧).

القول الثالث: عدم جواز العمل بالظن مطلقاً، وهذا رأي ابن حزم؛ فقد قال " لا يحل الحكم بالظن أصلاً؛ لقول الله تعالى: ﴿إِن يَتَّبِعُونَ إِلَّا ٱلظَّنَّۖ وَإِنَّ ٱلظَّنَّ لَا يُغۡنِي مِنَ ٱلۡحَقِّ

---

(١٧٠) انظر: الفصول في الأصول ١٢/٤، شرح مختصر الروضة ٣٢٧/١، عمدة القاري ١٣٧/٢٢، القطع والظن عند الأصوليين٥٠٧/٢ .

(١٧١) شرح مختصر الروضة ٣٢٧/١ .

(١٧٢) انظر: أصول الشاشي ٣٣٨ .

(١٧٣) انظر: شرح العمد ٢٤٨/٢، المعتمد ٩٩٠/٢ .

(١٧٤) انظر: إحكام الفصول ٦٤٦ .

(١٧٥) انظر: التمهيد ٣٠٩/٤ .

(١٧٦) انظر: شرح العمد ٢٤٨/٢ .

(١٧٧) انظر: القطع والظن عند الأصوليين ٥٠٨/٢ .

شَيْئًا ﴾(١٧٨) ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث)(١٧٩)"(١٨٠)، وقال: "وحرم القول في دينه بالظن، وحرم أن نقول عليه إلا بعلم"(١٨١).

وقد استدل ابن حزم على ما ذهب إليه بعموم الأدلة الواردة في ذم الحكم بالظن والأخذ به (١٨٢).

القول الرابع: أن الظن حجة في الفروع دون الأصول، ومنهم من قال بحجيته في الأصول بشرط تلقي الأمة له بالقبول، ولهم أدلة كثيرة ليس هذا محل بسطها (١٨٣).

هذه جملة الأقوال في المسألة وليس الغرض هنا حصرها ولا إقامة الأدلة على كل قول، إنما بيان أن الظن معتبر عند جمهور علماء الشرع في الفروع، وفي الأصول عند أكثر أهل الفقه والأثر، ولم يخالف في اعتباره مطلقاً إلا ابن حزم كما ظهر من حكاية الأقوال، ولذلك فالظن معول عليه في الشرع، بيد أنه يهدر ويترك ولا تترتب عليه أحكام في بعض الحالات وهي التي يظهر فيها خطؤه، وسنبين في المطلب التالي مواضع نقض الأحكام الثابتة بالظن، والله المستعان.

---

(١٧٨) من الآية رقم ٢٨ من سورة النجم .

(١٧٩) أخرجه البخاري - كتاب النكاح - باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع، مع فتح الباري ١٩٨/٩، ومسلم في كتاب البر والصلة والآداب - باب تحريم الظن والتجسس ٠٠٠- مع شرح النووي ٩٧/١٦.

(١٨٠) المحلى ٨٩/١ .

(١٨١) الإحكام لابن حزم ١١٨/١.

(١٨٢) انظر: المحلى ٨٩/١، الإحكام لابن حزم ١١٨/١، القطع والظن عند الأصوليين ٥٠٩/٢-٥١٠.

(١٨٣) انظر هذا القول وتفصيلاته وأدلته في:المعتمد ٥٧٧/٢ وما بعدها، العدة٨٧٥/٣،التبصرة٣١٠، شرح اللمع٦٠١/٢، الوصول إلى الأصول لابن برهان١٦٣/٢، ١٧٢، شرح تنقيح الفصول ٣٥٨، ٣٧٢، المسودة٢٤٩، البحر المحيط ٢٥٧/٤، ٢٦٢، شرح الكوكب المنير ٣٥٢/٢، العلم الشامخ ٥٢٦، التفريق بين الأصول والفروع٧٧/٢-٨٠، دراسات وتحقيقات في أصول الفقه٨٥-٨٩.

ولمزيد من الأدلة مبسوطة وما ورد عليها من مناقشات؛ انظر: خبر الواحد في التشريع الإسلامي وحجيته ٣٥١/١-٤٠٧.

## المطلب الثاني: نقض الاجتهاد بمثله

ترتبط قاعدة: لا عبرة بالظن البين خطؤه ارتباطاً مباشراً بقاعدة أصولية فقهية مشهورة وهي قاعدة: الاجتهاد لا ينقض بمثله على اختلاف في العبارات الواردة بها هذه القاعدة، ونظراً لهذا الارتباط؛ سوف نعرض لبعض أحكام هذه القاعدة ومسائلها بما يقتضيه المقام من غير توسع ، فإنه قد كتب فيها بحوث خاصة، ولكن إهدار الظن الخاطئ للقاضي الذي تتعلق بها قاعدتنا التي نبحثها متصل بهذه القاعدة؛ فلزم التعرض لها لنصل من خلال النتيجة في قاعدة: الاجتهاد لا ينقض بمثله، إلى حكم الظن الخاطئ وعدم اعتباره، وأثر ذلك في تصرفات القاضي، وهو ما يبحث في مبحث مستقل وهو المبحث التالي.

فنقول والله المستعان:

### أولاً: معنى النقض:

النقض في اللغة: مصدر الفعل نقض، وهو إفساد ما أبرم من عقد أو بناء ونحوهما، ضد الإبرام والإحكام (١٨٤).

أما في الاصطلاح فله معنيان؛ أحدهما عند علماء الأصول، وغالبه يتعلق بتخلف الحكم عن العلة في القياس، والآخر متعلق بهذه القاعدة.

أما معنى النقض بالمعنى الأول - وهو المتعلق بالعلة في القياس - فقد عرفه الأصوليون بقولهم: تخلف الحكم مع وجود ما ادعي كونه علة (١٨٥)، أو: تخلف الحكم

---

(١٨٤) انظر: لسان العرب ٢٤٢/٧، القاموس المحيط ٥٢٩/٢ مادة نقض.

(١٨٥) انظر: الإحكام للآمدي ٨٩/٤ .

عن العلة مع وجودها (١٨٦)، أو إبداء الوصف بدون الحكم(١٨٧).

والمعاني متقاربة.

ومثاله: لو قال المستدل لمن لا يرى تبييت النية من الليل في الصيام: تعرى أول صومه عن النية فلا يصح، فيجيب المعترض بالنقض فيقول: هذا الوصف أو ما ادعيت كونه علة موجود في صيام التطوع، والحكم - وهو فساد الصيام - غير موجود؛ إذ إن صيام التطوع يصح بدون تبييت، فدل ذلك على أنه ليس علة (١٨٨).

والمعنى الثاني للنقض - وهو المراد هنا - هو ما جاء في التعريف اللغوي؛ حيث قال أهل اللغة إن النقض هو الإبطال والإفساد لما تم إبرامه وإحكامه، وعلى هذا: فنقض الاجتهاد: إبطاله وإفساده بعد أن أبرم ووجد(١٨٩).

## ثانياً: تعريف الاجتهاد:

الاجتهاد ففي اللغة: مصدر مأخوذ من الجهد. وهو الطاقة والمشقة؛ يقال: اجهد جَهدك، أي: ابلغ غايتك(١٩٠) في تحصيل ما فيه مشقة وكلفة.

وفي الاصطلاح: تفاوتت عبارات الأصوليين في تعريف الاجتهاد؛ ولم يأت ذلك التفاوت من مجرد الاختلاف في إضافة قيود للقائم بعملية الاجتهاد؛ بل يضاف له قضايا رئيسية متعلقة بالمجتهد فيه؛ ومنها:

١-النظر للجهد الذي يبذله الفقيه في المجتهد فيه؛ وهل يوصف الجهد الناقص بالاجتهاد، أم لابد أن يكون تاماً، ولذا عرفه بعضهم بـ: بذل الوسع، ولم يرض غيره

---

(١٨٦) انظر: المستصفى ٢/٣٣٦.

(١٨٧) انظر: منهاج الوصول ٤/١٤٥-١٤٦.

(١٨٨) انظر: منهاج الوصول - مع نهاية السول - ٤/١٤٦.

(١٨٩) انظر: نقض الاجتهاد دراسة أصولية ١٧.

(١٩٠) انظر: مقاييس اللغة ١/٤٨٦، الصحاح ١/٤٦١، لسان العرب ٣/١٣٣، القاموس المحيط مادة: «جهد». ١/٣٩٦.

بهذا بل اشترط: استفراغ الوسع ، وزاد الآمدي قيد: على وجه يحس من النفس العجز عن المزيد عليه(١٩١).

٢-النظر في المجتهد فيه، وهل لا بد أن يكون ظنياً، أم أنه يمكن النظر في الحكم العلمي الاعتقادي، ويسمى ذلك اجتهاداً، وكذلك النظر في القطعيات هل يسمى اجتهاداً، وقد استقر عند الأصوليين أنه لا اجتهاد مع النص، ولذا قيد بعضهم الاجتهاد ببذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي ...(١٩٢).

٣-النظر في النتيجة التي يوصل إليها الاجتهاد وهل يمكن أن تكون قطعية، أم أنها لا تكون إلا ظنية، ومن هنا عرفه بعضهم بقوله: استفراغ الوسع في طلب الظن بشيء من أحكام الشرع ...(١٩٣).

٤-العلوم التي يجري فيها الاجتهاد الشرعي،وقد قيدها الأصوليون بعلم الفقه- وهو علم الأحكام الشرعية -، ويفهم من هذا أن المجتهد في اللغة أو علوم العقل،أو العلوم الخادمة؛ كالمنطق ومصطلح الحديث ونحوها لا يسمى مجتهداً(١٩٤).

والتعريف الذي أراه مناسباً لتعريف الاجتهاد إنه: "استفراغ الوسع في درك الأحكام الشرعية" (١٩٥) .

فالمجتهد هو المستفرغ جهده في درك الأحكام الشرعية.

والمجتهد فيه هو كل حكم شرعي ليس فيه دليل قطعي الثبوت والدلالة، وهذا

---

(١٩١) انظر: الإحكام ٢١٨/٤ .

(١٩٢) انظر: البحر المحيط ١٩٧/٦ .

(١٩٣) انظر: الإحكام للآمدي ٢١٨/٤، وقد اشترط الغزالي أن يكون الاجتهاد موصلاً للعلم؛ فعرفه بـ: "بذل المجتهد وسعه في طلب العلم بأحكام الشريعة" انظر: المستصفى ٣٥٠/٢ .

(١٩٤) انظر: جمع الجوامع ٤٢٠/٢، الموافقات ٨٩/٤، إرشاد الفحول ٢٥٠.

(١٩٥) انظر: منهاج الوصول - مع نهاية السول - ٥٢٤/٤.

مقتضى قول الأصوليين: لا اجتهاد مع النص.

وكلمة "درك" تشمل ما قد يصل له المجتهد من قطع أو ظن في الحكم الشرعي المجتهد فيه، سواءً في حق نفسه أو حق غيره من المستفتين والمقلدين.

وقد أضاف أبو إسحاق الشيرازي – في تعريفه(١٩٦) – قيداً مهماً، فقال: «الاجتهاد هو بذل الوسع وبذل المجهود في طلب الحكم الشرعي ممن هو من أهل الاجتهاد». أي: أن يكون المجتهد عارفاً بطرق الاجتهاد، فإن لم يكن عارفاً بها، فلا يمكن عَدُّهُ مجتهداً وإِنْ أفرغ الوسعَ والطاقةَ.

## ثالثاً: ألفاظ القاعدة:

وقد وردت هذه القاعدة بألفاظ مختلفة تدور في جملتها على اتفاق العلماء على أن الاجتهاد إذا تم ثم تلاه اجتهاد آخر يخالفه فإنه لا يؤثر الاجتهاد الثاني في الحكم الذي وصل له الاجتهاد الأول، وذلك لأنهما ظنيان، وليس أحد الظنيين أولى بالبقاء من الآخر، وحفاظاً على استقرار الأحكام الشرعية والقضائية.

ومن عبارات الأصوليين قول الآمدي: "حكم الحاكم لا يجوز نقضه في المسائل الاجتهادية لمصلحة الحكم"(١٩٧)، وورد نحوه عن ابن السبكي(١٩٨)، وصفي الدين الهندي(١٩٩)، وغيرهم(٢٠٠)، وصرح ابن الحاجب بأنه لا ينقض الحكم من المجتهد ولا

---

(١٩٦) انظر: شرح اللمع٢/١٠٤٣ .

(١٩٧) الإحكام ٤/٢٠٣ .

(١٩٨) انظر: جمع الجوامع مع حاشية البناني ٢/٣٩١ .

(١٩٩) انظر: نهاية الوصول ٨/٣٨٧٩ .

(٢٠٠) انظر: المبسوط للسرخسي ١٦/٨٤-٨٥، شرح مختصر الروضة ٣/٦٤٩، شرح العضد ٢/٣٠٠، البحر المحيط٦/٢٦٧، شرح الكوكب المنير٤/٥٠٩-٥١٢، تيسير التحرير ٤/٢٣٤، فواتح الرحموت٢/٣٩٦ .

من غيره؛ فقال: "لا ينقض الحكم في الاجتهاديات باتفاق منه ولا من غيره"(٢٠١).

واستلهم علماء القواعد الفقهية هذا المعنى وعبروا عنه بعبارة صارت من القواعد الكلية؛ وهو قولهم: "الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، أو: لا ينقض بمثله"(٢٠٢).

## رابعاً: أحوال الاجتهادين.

لا تخلو حالة الاجتهاد الثاني مع الأول من حالين:

الحال الأول: أن يكون الاجتهاد الثاني مستنداً لدليل مقطوع به؛ من كتاب أو سنّة أو إجماع أو قياس.

الحال الثاني: أن لا يكون الاجتهاد الثاني مقطوعاً به، وإنما هو ظن مثل الاجتهاد الأول.

وكل واحد من هذين الحالين لا يخلو من أربع حالات:

الحالة الأولى: أن يكون الاجتهاد لنفسه، ولم يتصل به حكم حاكم.

الحالة الثانية: أن يكون الاجتهاد لنفسه، ويتصل به حكم حاكم.

الحالة الثالثة: أن يكون الاجتهاد لغيره، ولم يتصل به حكم حاكم.

الحالة الرابعة: أن يكون الاجتهاد لغيره، ويتصل به حكم حاكم (٢٠٣).

وكل واحدة من هذه الحالات الأربع لا يخلو فيها حال الناظر في النقض؛ إما أن يكون المجتهد أو غيره، فحصل من ذلك ست عشرة حالة.

وفيما يتعلق بالقاضي؛ يمكن أن يضاف للتقسيم هنا: كونه مجتهداً ،أو مقلداً لمجتهد،

---

(٢٠١) منتهى الوصول والأمل ٢١٦ .

(٢٠٢) انظر هذه القاعدة الفقهية في: تأسيس النظر ٨٥، المنثور ١/٩٣، الأشباه والنظائر للسيوطي ٢٠١، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٠٥، مجلة الأحكام العدلية المادة ١٦ - مع درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/٣٤، شرح القواعد الفقهية ١٥٥، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ٣٨٤ .

(٢٠٣) انظر هذا التقسيم في: نقض الاجتهاد دراسة أصولية ٣٥ .

عالماً أو جاهلاً، مشتهراً بالعدل، أو بالجور، وغير ذلك مما هو مسطر في كتب الفقه والقضاء (٢٠٤).

وقد تكلم العلماء على حكم كل حالة من هذه الحالات في مدوناتهم مما يتعلق بالمجتهد أو الحاكم، وهذا الأمر ليس بحثه غرضاً لنا هنا.

ولذلك ففيما يتعلق بالقاضي فإن تغير اجتهاده - المقتضي لنقض الأول - يظهر من خلال حالتين:

الحالة الأولى: أن يتغير الاجتهاد قبل الحكم؛ فهل ينقض الاجتهاد الأول بالثاني ؟ وهل لقاعدة: لا عبرة بالظن البين خطؤه أثر في هذه الحالة ؟

الحالة الثانية: أن يتغير الاجتهاد بعد إبرام الحكم، فهل ينقض الاجتهاد الأول، وهل لقاعدة: لا عبرة بالظن البين خطؤه أثر في هذه الحالة؟

في الحالة الأولى: إذا تغير اجتهاد القاضي فظهر له خلاف ما كان يراه في اجتهاده السابق وذلك قبل أن يصدر حكمه؛ فإنه يجب عليه تغيير اجتهاده، فيرجع عن قول قاله سابقاً؛ لأن مناط الاجتهاد هو الدليل، فمتى ظفر المجتهد به وجب عليه الأخذ بموجبه؛ لظهور ما هو أولى بالأخذ به مما كان قد أخذ به، ولأنه أقرب إلى الحق والصواب (٢٠٥).

قال ابن قدامة: "إذا تغير اجتهاده قبل الحكم؛ فإنه يحكم بما تغير اجتهاده إليه، ولا

---

(٢٠٤) انظر مثلاً: أدب القاضي لابن القاص ٢/٣٧٢-٣٨٤، أدب القاضي للماوردي ١/٦٨٢-٦٩٠، بداية المبتدي -مع فتح القدير- ٧/٢٨٢ وما بعدها، الهداية شرح البداية ٧/٢٨٤ وما بعدها، معين الحكام لابن عبدالرفيع ٢/٦٣٨-٦٤٠، تبصرة الحكام لابن فرحون ١/٦٢-٦٧، معين الحكام للطرابلسي ٢٩-٣٢، فتح القدير لابن الهمام ٧/٢٨١ وما بعدها، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية شرح الفرائد البهية للفاداني٢/١٧-٥٠، مسعفة الحكام ١٧١-١٨٥.

(٢٠٥) انظر: المستصفى٢/٣٨٢، الإحكام٤/٢٠٣، روضة الناظر٣/١٠١٤، شرح العضد٢/٣٠٠، منهاج الوصول مع نهاية السول٤/٥٧٣-٥٧٤، الإبهاج٣/٢٨٣، البحر المحيط٦/٢٦٧، التحرير مع تيسير التحرير٤/٢٣٤ ،شرح الكوكب المنير٤/٥٠٩، إرشاد الفحول ٢٦٣، أصول الفقه الإسلامي للزحيلي ٢/١١١٣-١١١٤ .

يجوز أن يحكم باجتهاده الأول؛ لأنه إذا حكم فقد حكم بما يعتقد أنه باطل"(٢٠٦).

ومن أظهر الأدلة على ذلك ما جاء في كتاب عمر بن الخطاب رضي الله عنه لأبي موسى الأشعري قاضيه على الكوفة: " ولا يمنعك قضاء قضيته اليوم فراجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن ترجع للحق؛ فإن الحق قديم، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل" (٢٠٧).

وبناءً على هذا الكلام للعلماء فإن القاعدة تعمل عملها في هذه الحالة ويظهر أثرها ظاهراً بإهدار الاجتهاد الأول الذي تبين أنه ظن خاطئ لا عبرة به.

أما الحالة الثانية: - وهي ما إذا تغير اجتهاده بعد إبرام الحكم - فللعلماء في ذلك أقوال ترجع في مجملها إلى ثلاثة:

القول الأول: جواز نقض الحكم مطلقاً متى بان خطؤه، سواء من القاضي الذي أصدره، أو من غيره، وهو قول أبي ثور وداود الظاهري(٢٠٨).

القول الثاني: عدم جواز نقض الحكم مطلقاً، ذكره الصنعاني ولم ينسبه لعالم ولا مذهب بعينه (٢٠٩).

القول الثالث: التفصيل؛ وقد ذكروا تحته صوراً مختلفة بعضها ينقض وبعضها لا ينقض، ومن ذلك ما ذكره القرافي من رد ما لا ينفذ من تصرفات القضاة والولاة إلى خمسة أقسام(٢١٠):

الأول: ما لا تتناوله الولاية بالأصالة؛ كقضائه في غير ما ولي للقضاء فيه، ويلحق به

---

(٢٠٦) المغني ٣٦/١٤.

(٢٠٧) سبق تخريج هذا الأثر عند ذكر أدلة قاعدة: لا عبرة بالظن البين خطؤه.

(٢٠٨) نسب إليهما في: المغني لابن قدامة ٣٤/١٤، سبل السلام ١١٩/٤.

(٢٠٩) انظر: سبل السلام ١١٩/٤.

(٢١٠) انظر: الفروق ٣٩/٤-٤٨ بتصرف.

قضاؤه بغير علمه.

الثاني: ما تتناوله الولاية ولكنه حكم فيه بمستند باطل؛ وهو ما خالف الإجماع، أو النص السالم من المعارض، أو القياس الجلي، أو القواعد السالمة عن المعارض.

قلت: وقد ذكر الماوردي(٢١١)، وابن قدامة(٢١٢) أنه نُسب لأبي حنيفة ومالك رحمهما الله أنه لا ينقض من ذلك إلا ما خالف الإجماع، ولكن هذا القول المحكي عنهما مستبعد كما قال الماوردي، وأضاف هو وابن قدامة هذين الإمامين قد ناقضاه(٢١٣).

الثالث: ما حكم به القاضي على خلاف السبب؛ كالقضاء بالقتل على من لم يقتل.

الرابع: ما استوفى الشروط غير أن القاضي متهم فيه.

الخامس: ما اجتمعت فيه الشروط وانتفت فيه التهمة غير أنه اختلف فيه من جهة الحجة هل هي حجة أم لا؛ ومثاله: قضاء القاضي بعلمه، والقضاء بالاستناد إلى مدرك مختلف فيه، وقد رجح القرافي عدم نقض هذا القضاء.

وما عدا هذه الأقسام فإنه لا ينقض قضاء القاضي لعدم وجود مسوغ للنقض، ولتساوي الاجتهادين، ودرءاً لاضطراب الأحكام وحفاظاً على استقرارها، وغير ذلك من الأدلة على هذا القول(٢١٤).

وهذه الأقسام التي ذكرها القرافي منها ما يتعلق بقاعدتنا - خطأ ظن القاضي؛ وهما الثاني والثالث - ومنها ما لا يتعلق بها، وسنستل منها في المبحث التالي ما يتعلق بخطأ القاضي.

---

(٢١١) انظر: أدب القاضي ١/٦٨٦.

(٢١٢) انظر: المغني ١٤/٣٤.

(٢١٣) انظر: أدب القاضي ١/٦٨٦، المغني ١٤/٣٤.

(٢١٤) انظر: تاريخ القضاء في الإسلام لعرنوس ١٥٠-١٥١، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي للزحيلي ٩٤-٩٧، سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي ١٥١-١٥٣.

أما السبكي فقد صرح بأن حكم القاضي ينقض إذا تبين خطؤه مبيناً سبب تبين الخطأ؛ فقال: "ونريد أن ننبه هنا على فائدة في نقض الحكم، ولا شك أن الحكم إنما ينقض لتبين خطئه، ولا شك أن الحاكم منصوب لأن يحكم بحكم الشرع، وأحكام الشرع منوطة بأسباب تتعلق بوجودها، ووجودها يثبت عند الحاكم بطريق شرعي، فالخطأ لا يعدو هذه المواطن الثلاثة"(٢١٥)، ثم ذكرها وبين وجه النقض في كل منها؛وأنه يختلف سبب النقض من موطن لآخر؛ فقال:

"أحدها: الخطأ في الحكم الشرعي؛ بأن يكون حكم بخلاف النص أو الإجماع أو القياس الجلي، فينقض إذا تبين ذلك؛ لتحقق الخلل في الحكم"(٢١٦).

قال: "الموطن الثاني: أن يحصل الحكم على سبب غير موجود ويظن القاضي وجوده ببينة زور ونحوها؛ فإذا انكشف ذلك ينقض في بعض المواضع بالإجماع، وفي بعضها بخلاف فيه، والخلاف هنا في السبب ووضع الحكم في غير محله...فالخطأ في السبب لا في الحكم، والمخطئ هو الشاهد لا الحاكم، نعم الحاكم بفرع من الخطأ وهو ظنه وجود السبب الحاصل بالبينة.

الموطن الثالث: أن يكون الخلل في الطريق؛ كما إذا حكم بشهادة كافرين فإذا تبين ذلك ينقض سواء أكان المشهود به صحيحاً أم لا؛ لأن المعتبر من الحكم ما كان بطريقه الشرعي فإذا كان بغير طريقه الشرعي فقد حصل الخطأ في الطريق فننقضه لوقوعه على غير الوجه الشرعي، والخطأ هنا من القاضي في اعتقاده عدالة الشهود... ولو حكم بشهادة فاسقين اعتقد عدالتهما نقض في الأصح؛ كالكافرين، وقيل: لا؛ لأنه إنما يتبين

---

(٢١٥) فتاوى السبكي ٤٣٥/٢ .

(٢١٦) فتاوى السبكي ٤٣٥/٢-٤٣٦ .

بطريق ظني، فيصير كنقض الاجتهاد بالاجتهاد"(٢١٧).

وقد ذكر بعضهم تقسيماً آخر لمجمل حكم اجتهاد القاضي إذا عارضه اجتهاد آخر من القاضي نفسه أو من غيره، وجاء في ذلك التقسيم:

لا يخلو حكم الاجتهاد الأول من كونه مبنياً على موجب قطعي أو ظني،

فإن كان الأول - وهو ما ثبت بموجب قطعي - فإما أن يعارضه قطعي أو ظني،

فالأول: محال وجوده؛ لأنه لا يمكن أن يقع التعارض بين قطعيين.

أما الثاني: فلا ينقض بموجب ظني ما ثبت أولاً بموجب قطعي.

أما الثاني من القسم الأول - وهو ما ثبت بموجب ظني - فلا يخلو إما أن يعارضه قطعي أو ظني، وأيّاً ما كان؛ فإما أن يتعلق به حق الغير، أو يطرأ فوت، أو يعتبر خوف تفويت مصلحة نصب الإمام.

فالأول: - وهو ما إذا عارض القطعي الظني ولم يتعلق به حق الغير، ولا طرأ فوت ولا غيره - فينقض الحكم .

والثاني: - وهو إذا عارض القطعي الظني وتعلق به حق الغير أو طرأ الفوت - فإن الحكم لا ينقض .

أما الثالث: - وهو ما إذا عارض الظنيُ الظنيَّ، ولم يتعلق به حق الغير، ولا طرأ الفوت، ولا اعتبر خوف تفويت مصلحة نصب الإمام- فلا إشكال في النقض.

أما القسم الرابع: - وهو ما إذا عارض الظنيُّ الظنيَّ وتعلق به حق الغير أو طرأ الفوت أو اعتبر خوف تفويت مصلحة نصب الإمام - ففيه خلاف، والقول بالنقض مقتضى القياس، وعدم النقض استحسان وحكم به الخليفتان عمر ومعاوية

---

(٢١٧) فتاوى السبكي ٢/٤٣٦ .

في بعض صوره [٢١٨].

والتعبير بخوف تفويت مصلحة نسب الإمام يراد به بيان أثر اتصال حكم الحاكم بالاجتهاد من عدمه؛ إذ إنه يؤثر نقض الحكم في استقرار الأحكام الذي من أجله وغيره نصبت الحكام.

وإذا انتهينا من خلال هذه النبذة عن نقض الاجتهاد بمثله، ووصلنا إلى أن الاجتهاد الثاني لا ينقض الاجتهاد الأول إلا إذا كان الأول يخالف قاطعاً؛ فإن قضاء القاضي إذا خالف قضاءً سبقه؛ لا ينقضه إلا إذا خالف القطعي، أو كان القضاء الأول مبنياً على خطأ في طريقة إجرائه بناءً على ظن خاطئ من القاضي، وهذا يندرج تحت مخالفة الاجتهاد الأول للقاطع ؛ لأنه لم يقم على أسس صحيحة مستوفية لما ينبغي أن يكون عليه الحكم بل على ظن تبين بعد ذلك أنه وهم، ولا عبرة للوهم ولا يبنى عليه حكم.

وبهذا تتوافق قاعدتنا مع قاعدة: الاجتهاد لا ينقض بمثله، ولا تعارضها.

وسوف نتناول في المبحث التالي الصور التي ينقض فيها القضاء الأول لابتنائه على ظن خاطئ.

## المبحث الثالث: تطبيقات القاعدة على تصرفات القاضي

وفيه مطالب:

قبل التعرض لأقسام تصرفات القاضي التي لا تعتبر لأنها من الظن البيِّن خطؤه، يحسن بنا أن نذكر مواضع لتصرفات الحكام ليست بحكم ولغيرهم من الحكام تغييرها

---

[٢١٨] انظر هذا التقسيم وما تضمنه من أحكام في: البهجة في شرح التحفة ٢/٩٧-٩٨، الروض المبهج بشرح بستان فكر المهج ٤٦٧-٤٧١ .

والنظر فيها، وقد التبس أمر ذلك على كثير من الفقهاء، فإن الحكم لا يجوز نقضه وغيره يجوز نقضه، وقد نقل ذلك الطرابلسي، وذكر أنها على أنواع كثيرة، وأحصى منها عشرين نوعاً اختصرها من جملة ما ذكره العلماء في هذا الشأن، وهي عامة تصرفاتهم فيسلم فيها من الغلط (٢١٩).

وهذه الأنواع منها ما يرجع لتصرفات القضاة، وهي أحد عشر نوعاً، وباقيها يرجع لتصرفات الولاة(٢٢٠)، ومن هذه الأقسام ما هو متردد بين كونه من تصرفات الولاة أو القضاة لاشتراكهما في كثير من التصرفات.

والأنواع المتعلقة بالقضاة من هذه التصرفات هي:

النوع الأول: العقود ؛كالبيع والشراء في أموال الأيتام والغائبين والمجانين، وعقد النكاح على من بلغ من الأيتام وعلى من هو تحت الحجر من النساء ومن ليس لها ولي، وعقد الإجارة على أملاك المحجور عليهم ونحو ذلك، فهذه التصرفات ليست حكما ولغيرهم النظر فيها.

النوع الثاني: إثبات الصفات في الذوات؛ نحو ثبوت العدالة عند حاكم، أو الجرح، أو أهلية الإمامة للصلاة، أو أهلية الحضانة، أو أهلية الوصية ونحو ذلك، فجميع إثبات الصفات مما هو من هذا النوع ليس حكماً، ولغيره من الحكام أن لا يقبل ذلك.

النوع الثالث: ثبوت أسباب المطالبات، نحو ثبوت مقدار قيمة المتلف في المثليات وإثبات الديون على الغرماء، وإثبات النفقات للأقارب والزوجات، وإثبات أجرة المثل في منافع الأعيان ونحوه، فإن إثبات الحاكم لجميع هذه الأسباب ليس حكما، ولغيره من الحكام أن يغير مقدار تلك الأجرة وتلك النفقة وغيرها من الأسباب

---

(٢١٩) انظر: معين الحكام ٣٨.

(٢٢٠) انظر: تاريخ القضاء في الإسلام لعرنوس ١٥٣.

المقتضية للمطالبة.

النوع الرابع: إثبات الحجاج الموجبة لثبوت الأسباب الموجبة للاستحقاق؛ نحو كون الحاكم يثبت عنده التحليف ممن تعين عليه الحلف، وثبوت إقامة البينات ممن أقامها، وثبوت الإقرارات من الخصوم ونحو ذلك، فإن هذه حجاج توجب ثبوت أسباب موجبة لاستحقاق مسبباتها، ولا يلزم من كون الحاكم أثبتها أن يكون حكماً، بل لغيره أن ينظر في ذلك فيبطل أو لا يبطل.

النوع الخامس: إثبات أسباب الأحكام الشرعية؛ نحو الزوال، ورؤية الهلال في رمضان وشوال وذي الحجة فيما يترتب عليه الصوم أو وجوب الفطر أو فعل النسك ونحو ذلك، فجميع إثبات ذلك ليس بحكم بل هو إثبات الصفات.

النوع السادس: الفتاوى في العبادات وغيرها من تحريم الأبضاع، وإباحة الانتفاع، وطهارة المياه ونجاسة الأعيان، فليس هذا بحكم بل لما يعتقد ذلك أن يفتي بخلاف ما أفتى به الحاكم أو الإمام الأعظم.

النوع السابع: تنفيذ الأحكام الصادرة عن الحكام فيما تقدم الحكم فيه من غير المنفذ بأن يقول: ثبت عندي أنه ثبت عند فلان من الحكام كذا، فهذا ليس بحكم من المنفذ ألبتة.

النوع الثامن: تصرفات الحكام بتعاطي أسباب الاستخلاص، ووصول الحقوق إلى مستحقيها من الحبس والإطلاق، وأخذ الكفلاء الأملياء، وأخذ الرهون لذوي الحقوق، وتقدير مدة الحبس بالشهور وغير ذلك، فهذه التصرفات كيفما تقلبت ليست حكماً لازماً، ولغير الأول تغيير ذلك وإبطاله بالطرق الشرعية على ما تقتضيه المصلحة شرعاً.

النوع التاسع: التصرف في أنواع الحجاج بأن يقول: لا أسمع البينة؛ لأنك حلفت قبلها مع علمك بها وقدرتك على إحضارها، فلغيره من الحكام أن يفعل ما تركه.

النوع العاشر: تولية النواب في الأحكام، ونصب الكتاب والقسام والمترجمين والمقومين وأمناء الحكم للأيتام، وإقامة الحجاب والوزعة، ونصب الأمناء في أموال الغياب والمجانين، فهذا وما أشبهه ليس بحكم في هذه المواطن، ولغيره من الحكام نقض ذلك وتبديله بالطرق الشرعية لا بمجرد التشهي والغرض.

النوع الحادي عشر: إثبات الصفات في الذوات الموجبة للتصرف في الأموال؛ كالترشيد وإزالة الحجر عن المفلسين والمجانين والمبذرين ونحو ذلك، فليس ذلك بحكم يتعذر نقضه، بل لغيره أن ينظر في تلك الأسباب، ومتى ظهر له وتحقق عنده ضد ما تحقق عند الأول نقض ذلك وحكم بضده.

النوع الثاني عشر: تعيين أحد الخصال في عقوبة المحاربين، وذلك التعيين ليس بحكم، فلو رفع لغيره ممن يرى بالتخيير مطلقاً قبل التنفيذ ورأى المصلحة تعيين غير ما عينه الأول كان ذلك له؛ لأن تعيين الأول ليس حكما شرعياً.

النوع الثالث عشر: تعيين مقدار التعزيرات إذا رفع إلى غير ذلك الحاكم قبل التنفيذ فرأى خلاف ذلك، فله تعيين مقداره وإبطال الأول؛ لأنه ليس بحكم شرعي بل اجتهاد في سبب هو الجناية، فإذا ظهر للثاني أنها تقتضي ذلك حكم بما يراه (٢٢١).

فهذه المواضع يجوز فيها التغيير؛ لأنها تصرفات وليست بأحكام حتى يجري فيها الخلاف في النقض.

أما ما يتعلق بتصرفات القاضي التي تبين خطؤها وينبغي بناءً على ذلك إهدارها

---

(٢٢١) انظر: معين الحكام ٣٨-٤٠ بتصرف كبير.

وعدم اعتبارها، فقد ذكرنا سلفاً أن القرافي جعلها خمسة أقسام، وأن السبكي قسمها لثلاثة مواطن، ويظهر لي أن تقسيم السبكي أدق وأشمل فيما يتعلق ببحثنا، وهو خطأ ظن القاضي، فإننا لا نبحث خطأ القاضي ونقض حكمه جملة (٢٢٢)- وهو ما يتناوله تقسيم القرافي - إنما نبحث منه ما يتعلق بخطأ الظن فقط، وقيام القاضي بالحكم بناءً على ذلك الظن الخاطئ من حيث ظن أنه مصيب، فإن الخطأ في حكم القاضي يكون من خلال أمور يرجع بعضها لتقصيره، ويرجع بعضها لظن تبين خطؤه، وهي ترجع إلى الأقسام أربعة: الخطأ في ذات الحكم، والخطأ المتعلق بطرفي الخصومة، والخطأ في إجراءات التقاضي، والخطأ في طرق إثبات الحكم، وليست كلها متعلقة بالقاعدة؛ فمتعلق القاعدة الخطأ غير الناشئ عن تقصير وإنما عن ظن، ولذلك فقد اقتصرت في الجانب التطبيقي على بيان أثر القاعدة في التصرفات القضائية فيما يتعلق بهذا الجانب.

ولذا رأيت تقسيم مواطن خطأ القاضي في ظنه لثلاثة أقسام، وتحت كل قسم أنواع، وذلك لأن ظن القاضي الذي يمكن أن يتطرق له الخطأ إما أن يكون في: الحكم ذاته، أو طرفي الخصومة الحكم، أو في أسباب الحكم وطرق الإثبات.

وسأبحثها من خلال المطلبين التاليين:

## المطلب الأول: عدم اعتبار الظن الخاطئ المتعلق بالحكم ذاته

إذا حكم القاضي في قضية ثم تبين أن ظنه كان خاطئاً؛ فإن هذا الحكم يقع باطلاً، ويكون الحكم خاطئاً في عدة حالات:

---

(٢٢٢) وهذه المواضع كثيرة منها ما يتعلق بالحكم، ومنها ما يتعلق بسبب يتعلق بطرفي الخصومة، أو لخلل في إجراءات التقاضي وأصوله، أو لخلل في أسباب الحكم وطرق إثباته.

وللمزيد انظر: الفوائد الفقهية في أطراف القضايا الحكمية مخطوط١٣ب-١٤ ب، تاريخ القضاء للعرنوس١٥٠-١٥٤، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي ٤٧٧-٥٠١، سلطة ولي الأمر في تقدير سلطة القاضي١٥١-١٥٤ .

الحالة الأولى: أن يخالف الحكم الدليل من كتاب الله أو سنة رسوله صلى الله عليه وسلم، فإنه يقع باطلاً باتفاق الفقهاء(٢٢٣)، والمراد بالدليل هنا: ما لم يختلف السلف في تأويله؛ بأن يكون نصاً مفسراً غير منسوخ ،أو ظاهراً يوجب غالب الظن، ولم يكن له معارض راجح، ويكون مجمعاً على المراد به (٢٢٤).

ومثال مخالفة الكتاب: الحكم بشهادة الكافر؛ فهو مخالف لقوله تعالى: ﴿وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ﴾(٢٢٥)، وكذا مساواة البنت لأخيها في الميراث؛ فإنه مخالف لقوله تعالى: ﴿لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِ﴾(٢٢٦).

ويمثل الحنفية لذلك بالحكم بحل متروك التسمية عمداً، ومن ثم حل ثمنها ولزومه؛ لأنها عند الحنفية تعتبر ميتة، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأۡكُلُواْ مِمَّا لَمۡ يُذۡكَرِ ٱسۡمُ ٱللَّهِ عَلَيۡهِ وَإِنَّهُۥ لَفِسۡقٌ﴾الأنعام: (٢٢٧)١٢١، لأن الواو عندهم في: وإنه لفسق للعطف، والضمير في إنه يعود للأكل المأخوذ من لا تأكلوا (٢٢٨).

أما مخالفة السنة؛ فقد فرق العلماء بين السنة المتواترة والمشهورة والآحادية؛ فأجروا حكم مخالفة الكتاب على السنة المتواترة، وأبطلوا الحكم الذي يعارضها، أما السنّة المشهورة والآحادية فلا تنقض بهما الأحكام المنعقدة، ومنهم من قال بنقض الحكم

---

(٢٢٣) انظر: أدب القاضي لابن القاص ٣٧٢/٢، أدب القاضي للماوردي ٦٨٥/١، بداية المبتدي - مع فتح القدير - ٢٨٢/٧، المغني لابن قدامة٣٤/١٤، الهداية شرح البداية٢٨٤/٧، معين الحكام لابن عبدالرفيع ٦٣٨/٢،تبصرة الحكام لابن فرحون ٦٢/١، معين الحكام للطرابلسي٢٩، فتح القدير لابن الهمام ٢٨١/٧، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية شرح الفرائد البهية للفاداني١٩/٢، مسعفة الحكام ١٧١، سبل السلام ١١٩/٤ .

(٢٢٤) انظر هذا التفسير للمراد بالدليل هنا في: التبصرة١/ ٦٢، معين الحكام للطرابلسي ٢٩، فتح القدير ٢٨٢/٧، الفوائد الجنية ١٩/٢ .

(٢٢٥) من الآية رقم ٢ من سورة الطلاق.

(٢٢٦) من الآية رقم ١١ من سورة النساء.

(٢٢٧) من الآية رقم ١٢١ من سورة الأنعام.

(٢٢٨) انظر: فتح القدير ٢٨٢/٧، العناية شرح الهداية ٢٨١/٧، مسعفة الحكام ١٧٢، الدر المختار - مع رد المحتار ٨٧/٨ .

بالسنة المشهورة، وفي المسألة خلاف مبني على ما تفيده السنة المشهورة والآحادية أهو العلم أم الظن، فمن قال بإفادتها العلم قال إنها تنقض ما خالفها من الأحكام الظنية، ومن قال بإفادتها الظن لم يجز نقض الظني بالظني تطبيقاً لقاعدة الاجتهاد لا ينقض بمثله (٢٢٩).

ومثال نقض الحكم لمخالفته الدليل من السنة:

الحكم بقتل المسلم بالكافر؛ فإنه يعتبر باطلاً (٢٣٠)؛ لمخالفته لحديث: لا يقتل مسلم بكافر (٢٣١).

ومثال آخر:

الحكم بتحليل المطلقة ثلاثاً بمجرد عقد المحلل عليها بلا دخول أو وطء(٢٣٢)، وهذا مخالف لحديث: لا، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك(٢٣٣).

---

(٢٢٩) انظر تفاصيل هذه المسائل في: المستصفى٢/٣٨٣، شرح تنقيح الفصول ٤٤١، روضة الطالبين ١١/١٥٠، شرح الكوكب المنير٤/٥٠٥، التقرير والتحبير٣/٣٣٥، فواتح الرحموت ٢/٣٩٥، المقنع ومعه الإنصاف ١١/٢٢٣ -٢٢٤، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد ٣٨٤، نقض الاجتهاد دراسة أصولية ٤٦-٥٣، الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد ٤٦-٥١ .

وللعلماء فيما ينقض الحكم من أقسام السنة أقوال:

القول الأول: أن الحكم ينقض إذا خالف السنة سواءً كانت متواترة أو آحاداً، وقد قال المرداوي إنه الصحيح من مذهب الإمام أحمد وعليه جماهير أصحابه٠ انظر: الإنصاف ١١/٢٢٣ .

القول الثاني: إن السنة المتواترة والمشهورة ينقض بهما الحكم دون الآحادية، وقال به التمرتاشي والمرغيناني وعبدالعلي الأنصاري.

انظر: تنوير الأبصار - مع رد المحتار - ٨/٨٧، الهداية شرح بداية المبتدي ٧/٢٨٢، فواتح الرحموت ٢/٣٩٥ .

القول الثالث: إن السنة المتواترة وحدها هي التي ينقض بها الحكم دون المشهورة والآحادية، وممن قال بهذا القول: الكاساني، والحصكفي .

انظر: بدائع الصنائع ٥/٤٥٧، الدر المختار - مع رد المحتار ٨/٨٧ .

(٢٣٠) انظر: تنوير الأبصار - مع رد المحتار ٨/٩٠ .

(٢٣١) أخرجه البخاري في كتاب الديات - باب لا يقتل مسلم بكافر، صحيح الخاري مع - فتح الباري ١٢/٢٦٠ .

(٢٣٢) انظر: مسعفة الحكام ١٧٣، الدر المختار ٨/٨٨ .

(٢٣٣) أخرجه البخاري، كتاب الطلاق - باب من جوز الطلاق الثلاث، - مع فتح الباري ٩/٣٦١، ومسلم في كتاب النكاح - باب لا تحل المطلقة ثلاثاً لمطلقها حتى تنكح زوجاً غيره، مع شرح النووي ١٠/٣ .

الحالة الثانية: أن يكون الحكم مخالفاً للإجماع؛ فإنه يقع باطلاً وينقض(٢٣٤)، بل نسب للإمامين أبي حنيفة ومالك أنهما قالا: لا ينقض الحكم إلا إذا خالف الإجماع، إلا أنه استبعد نسبة هذا القول إليهما، وأورد عليه أنهما ناقضا ذلك فأمضيا الحكم مع وجود الإجماع على خلافه(٢٣٥).

والمراد بالإجماع هنا: القطعي، أما الظني فلا ينقض به الحكم(٢٣٦).

ومثال مخالفة الحكم للإجماع: الحكم بالميراث كله للأخ دون الجد؛ لأن الأمة مجمعة على قولين: المال كله للجد، أو يقاسم الجد الأخ، أما حرمان الجد فلم يقل به أحد(٢٣٧).

ومثال آخر: لو قضى بجواز نكاح المتعة بطل حكمه ونقض؛ لأن الصحابة أجمعوا على فساده (٢٣٨).

الحالة الثالثة: أن يكون الحكم مخالفاً للقياس فإنه ينقض (٢٣٩)، وقيده بعضهم بمخالفة

---

(٢٣٤) انظر: أدب القاضي لابن القاص ٢/٣٧٢، أدب القاضي للماوردي ١/٦٨٥، بداية المبتدي -مع فتح القدير - ٧/٢٨٢، المغني لابن قدامة١٤/٣٤، الهداية شرح البداية٧/٢٨٤، معين الحكام لابن عبدالرفيع ٢/٦٣٨،تبصرة الحكام لابن فرحون ١/٦٢،معين الحكام للطرابلسي٢٩، فتح القدير لابن الهمام ٧/٢٨١، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية شرح الفرائد البهية للفاداني٢/١٩، مسعفة الحكام ١٧١، الإنصاف١١/٢٢٤، شرح منتهى الإرادات٣/٥٠٨، سبل السلام ٤/١١٩، نظام القضاء للدكتور زيدان ٢٢٨ .

(٢٣٥) انظر: أدب القاضي للماوردي١/٦٨٦، المغني لابن قدامة١٤/٣٤ .

(٢٣٦) قال المرداوي وابن النجار: إنه الصحيح من مذهب الإمام أحمد، وقدمه ابن مفلح في الفروع وابن حمدان في الرعاية الكبرى، وانظر: المستصفى٢/٣٨٢، شرح تنقيح الفصول٤٤١، روضة الطالبين١١/١٥٠، الفروع لابن مفلح ٦/٤٥٦، الإنصاف ١١/٢٢٤، شرح الكوكب المنير٤/٥٠٥ .

(٢٣٧) انظر: تبصرة الحكام ١/٦٢، معين الحكام للطرابلسي ٢٩.

(٢٣٨) انظر: تنوير الأبصار ٨/٨٩، مسعفة الحكام١٧٢، الدر المختار ٨/٨٨، رد المحتار ٨/٨٨ .

(٢٣٩) انظر: أدب القاضي لابن القاص ٢/٣٧٢، أدب القاضي للماوردي ١/٦٨٥، بداية المبتدي - مع فتح القدير - ٧/٢٨٢، المغني لابن قدامة١٤/٣٤، الهداية شرح البداية٧/٢٨٤، معين الحكام لابن عبدالرفيع ٢/٦٣٨، الفروع لابن مفلح ٦/٤٥٦، شرح منتهى الإرادات ٣/٥٠٨، تبصرة الحكام لابن فرحون١/٦٢،معين الحكام للطرابلسي٢٩، فتح القدير لابن الهمام ٧/٢٨١، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية شرح الفرائد البهية للفاداني٢/١٩، مسعفة الحكام ١٧١، الإنصاف ١١/٢٢٤، سبل السلام ٤/١١٩، نظام القضاء للدكتور زيدان ٢٢٨ .

القياس الجلي (٢٤٠).

ومثال نقض الحكم لمخالفته القياس: قبول شهادة النصراني؛ فإن الحكم بشهادته ينقض؛ لأن الفاسق لا تقبل شهادته، والكافر أشد منه فسوقاً وأبعد عن المناصب الشرعية في مقتضى القياس، فينقض الحكم لذلك (٢٤١).

الحالة الرابعة: مخالفة الحكم للقواعد الكلية، فإنه ينقض الحكم المخالف للقواعد، وهذا رأي المالكية وبعض الشافعية (٢٤٢).

ومثال هذه الحالة: المسألة السريجية (٢٤٣)، فمتى حكم حاكم بتقرير النكاح في حق من قال: إن وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثاً، فطلقها ثلاثاً أو أقل، فالصحيح لزوم الثلاث له، فإذا ماتت أو مات وحكم حاكم بالتوارث بينهما نقضنا حكمه؛ لأنه على خلاف القواعد؛ لأن من قواعد الشرع صحة اجتماع الشرط مع المشروط وقوع الطلقة الأخيرة مع الطلقات الثلاث المعلقة ؛ لأن حكمته إنما تظهر فيه، فإذا كان الشرط لا يصح اجتماعه مع مشروطة فلا يصح أن يكون في الشرع شرطاً، فلذلك ينقض حكم الحاكم في المسألة السريجية، وأفتى ابن سريج الشافعي بعدم لزوم الطلقات الثلاث، وبأن المرأة ترث منه، ولكن هذا القول منقوض لمخالفته للقاعدة الشرعية

---

(٢٤٠) ومن القائل باشتراط أن يكون القياس جلياً: الإمام الشافعي على ما ذكر ابن قدامة، وقال به القرافي. انظر: المغني ٣٤/١٤، الفروق ١٠١/٢، شرح الخرشي على مختصر خليل ١٦٤/٧-١٦٥، مغني المحتاج٦/٢٩٣، الفوائد الجنية ٢٠/٢-٢١ .

(٢٤١) انظر: حاشية الدسوقي ١٥٤/٤، مختصر خليل مع شرح الخرشي ١٦٤/٧-١٦٥، تبصرة الحكام ٦٢/١، الاختصاص القضائي٤٩٣ .

(٢٤٢) انظر: الفروق للقرافي ١٠١/٢، شرح تنقيح الفصول ٤٤١، فتاوى السبكي ٣٦٩/١، تبصرة الحكام ٦٢/١، معين الحكام للطرابلسي ٢٩، إيضاح المسالك٦١، حاشية الدسوقي ومعه الشرح الكبير١٥٣/٤، منح الجليل ٣٤٠/٨، الفوائد الجنية ٢٢/٢ . نظام القضاء لزيدان ٢٢٨ .

(٢٤٣) نسبة إلى ابن سريج الشافعي القائل بها، وقد استغربها العلماء عليه وأنكروها.

السابقة (٢٤٤).

ومثال آخر: الحكم بالبينة النافية دون المثبتة، فإن القواعد الشرعية على تقديم المثبتة على النافية (٢٤٥).

هذه أشهر ما يبطل حكم القاضي لتبين خطأ ظنه مما يتعلق بذات الحكم، وقد اقتصرت على ما يتعلق بالظن الخاطئ؛ لأنه متعلق قاعدتنا، وإلا فقد ذكر العلماء نواقض أخرى لحكم القاضي تتعلق بذات الحكم، ومنها: بطلان الحكم لعدم الدليل، ولمخالفته لعمل أهل المدينة لمن يحتج به، ومخالفته أقوال الفقهاء، ولصدوره مخالفاً لاجتهاده، ولمخالفته للمذهب، ولابتنائه على خلاف شاذ أو ضعيف، ولتبين كونه خطأ أو جوراً (٢٤٦)، لكن هذه المسائل لا يظهر تعلق القاعدة - لا عبرة بالظن البين خطؤه - بها تعلقاً مباشراً.

## المطلب الثاني: عدم اعتبار الظن الخاطئ المتعلق بطرفي الحكم

والمراد بطرفي الحكم: الخصمان، فإذا حكم القاضي بحكم ظن فيه صحة حكمه ثم تبين أن ذلك الحكم خطأ بسبب اختلاف في دعوى أحد طرفي الحكم؛ فإنه ينقض ذلك الحكم، لأنه لا عبرة بالظن البين خطؤه، وهذه المسألة وإن كانت لا تتعلق بظن القاضي نفسه - الذي هو محل البحث - لكنها تتعلق بمسألتنا من حيث إن ظن القاضي عندما

---

(٢٤٤) انظر: تبصرة الحكام ٦٢/١، نهاية المحتاج ٢٦٤/٦، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ١٥٣/٤، معين الحكام للطرابلسي٢٩ .

(٢٤٥) انظر: الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ١٥٣/٤ ، السلطة التقديرية للقاضي ٤٨٨ .

(٢٤٦) انظر تفاصيل هذه المسائل ومراجعها في: السلطة التقديرية للقاضي ٤٨٨-٤٩١ .
وانظر: المبسوط ٦٢/١٦، بدائع الصنائع ٤٥٧/٥-٤٥٨، الفروق ٥١/٤، بداية المبتدي مع فتح القدير ٢٨١/٧-٢٨٧، العناية ٢٨٢/٧-٢٨٧، معين الحكام لابن عبدالرفيع ٦٣٨/٢-٦٣٩، الفوائد الجنية ٢٣/٢، التاج والإكليل ١٤٢/٨، مغني المحتاج ٢٩٤/٦، تبصرة الحكام٦٢/١-٦٦، معين الحكام للطرابلسي٢٩-٣١، كشاف القناع٣٦٠/٦ .

حكم كان على هيئة معينة تبين اختلافها، فكان ذلك الحكم خطأً، ومن حالات هذه المسألة:

الحالة الأولى: أن يقر المحكوم له أن دعواه كانت كاذبة؛ فإن الحكم ينقض؛ لأنه بني على ظن صدق دعواه وقد بان كذبها (٢٤٧).

الحالة الثانية: أن يكذب المحكوم له شهوده في بعض ما شهدوا به، فإن الحكم ينقض لتبين خطئه(٢٤٨).

الحالة الثالثة: إذا وافق المحكوم له القاضي في كون الشهود فساقاً وذلك بعد أن صدر الحكم، وذلك لأنه بان أن الحكم مبني على ظن عدالتهم(٢٤٩).

الحالة الرابعة: أن يقول المدعي: لا أعلم لي بينة؛ ثم يطلع على بينة ويأتي بها بعد أن صدر الحكم بحقه؛ فإن الحكم ينقض ويحكم بمقتضى البينة؛ لتبين خطئه(٢٥٠).

## المطلب الثالث: عدم اعتبار الظن الخاطئ المتعلق بطرق إثبات الحكم

يصدر الحكم القضائي مستنداً إلى سبب من الأسباب المعتبرة شرعاً وهي طرق الإثبات القضائي، فإذا حصل خلل في السبب الذي بني عليه الحكم، أو تبين لاحقاً أن في طريق الحكم الذي ظاهره السلامة على خلاف ما كان يعتقد فيه، فإن الحكم يعتبر غير صحيح وينبغي نقضه؛ لأنه لا عبرة بالظن البين خطؤه.

---

(٢٤٧) انظر: الفتاوى الهندية ٣/٣٣٣.

(٢٤٨) انظر: معين الحكام للطرابلسي ٦٢.

(٢٤٩) انظر: الإنصاف ١٢/١٠٥-١٠٦.

(٢٥٠) انظر: المغني ١٤/٢٧٢، شرح منتهى الإرادات ٣/٥٢٥، كشاف القناع ٦/٣٣٩، مطالب أولي النهى ٦/٥٢٠.

ومن الحالات المتعلقة بهذا الجانب ما يلي:

الحالة الأولى: أن يظهر فسق الشاهد أو كفره، أو رقه، أو كونه صبياً، وحينها يقع الحكم باطلاً ويجب نقضه، وقد بنى بعض العلماء الخطأ في شهادة هؤلاء - عدا الكافر - على ما إذا كان القاضي يرى أن الحكم لا يصح بناؤه عليها، فإذا كان يرى عدم صحة شهادة هذه الأصناف فإن الحكم ينقض عند بنائه عليها، لأنه تبين خطأ الظن الذي بني عليه الحكم(٢٥١).

الحالة الثانية: أن يكذب الواقع شهادة الشهود؛ كما إذا شهدوا إن فلاناً قتل فلاناً فحكم بقتله، ثم قدم المشهود بقتله حياً (٢٥٢).

الحالة الثالثة: بطلان الشهادة لثبوت مانع من موانعها؛ وذلك كالعداوة بين الشاهد والمشهود عليه، أو ثبوت القرابة المانعة من الشهادة بين الشاهد والمشهود؛ كأن يكون الشاهد والد المشهود له أو ولده، وقد اشترط الحنابلة في نقض الحكم في هذه الحالة أن يكون القاضي يرى ذلك، أما إذا كان لا يرى القرابة - مثلاً - مانعاً من الحكم؛ فلا ينقض هذا الحكم(٢٥٣).

الحالة الرابعة: رجوع الشاهد عن شهادته على قول سعيد بن المسيب والإمام الأوزاعي فيما يروى عنهما؛ لأن الحق ثبت بشهادتهما، فإذا رجعا زال ما ثبت به الحكم، لتبين خطأ الظن المبني عليه الحكم، وهو صدق الشاهدين في شهادتهما(٢٥٤).

---

(٢٥١) انظر: الأم ٥٨/٧، المبسوط ٩/١٧، المغني ٢٥٨/١٤، المقنع ٧١٩/٣، مختصر خليل مع شرح الخرشي ١٦٤/٧، حاشية الدسوقي ١٥٤/٤، الإنصاف ١٠٥/١٢-١٠٧، رد المحتار ٩٤/٨، كشاف القناع ٤٤٦/٦، مواهب الخلاق ٣٩٥ .

(٢٥٢) انظر: شرح الخرشي ٢٢٠/٧ .

(٢٥٣) انظر: الفروع ٤٩٦/٦، الإنصاف ١٠٧/١٢، منح الجليل ١٣٨/٦، مختصر خليل - مع شرح الخرشي ١٦٤/٧، أسنى المطالب ٣٥٩/٤، كشاف القناع ٤٤٦/٦ .

(٢٥٤) انظر: المغني ٢٤٥/١٤-٢٤٦ .

وخص بعض العلماء الرجوع الذي ينقض به الحكم برجوع شهود القصاص أو الحد قبل الاستيفاء، وقد صححه ابن مفلح والمرداوي(٢٥٥).

الحالة الخامسة: شهادة الزور، فمتى ثبت أن الشهود من أهل الزور نقض الحكم، قال ابن قدامة: "تبين أن الحكم كان باطلاً، ولزم نقضه؛ لأننا تبينا كذبهما فيما شهدا به، وبطلان ما حكم به"(٢٥٦).

ولم ير الحنفية أن شهادة الزور تنقض الحكم، بل ينفذ القضاء، ثم اختلفوا في نفوذ الحكم ظاهراً وباطناً، أو ظاهراً فقط، فقيل بنفاذ الحكم في العقود والفسوخ ظاهراً وباطناً، وقد نسب هذا القول إلى أبي حنيفة، وفرق بعضهم بين العقود والفسوخ، والأملاك المرسلة - وهي المطلقة التي لم يذكر سببها معيناً- ؛ فقال بنقض الحكم في الأملاك المرسلة، دون العقود والفسوخ فإن الحكم ينفذ فيها باطناً وظاهراً، وهذا قول منسوب لأبي يوسف، وقد قيل إنه رجع عن القول بنفاذ الحكم باطناً وقال: لا ينفذ الحكم إلا ظاهراً (٢٥٧).

---

(٢٥٥) انظر: المقنع ٣/٧١٧، المغني١٤/٢٤٦، ٢٤٨، الفروع٦/٥٩٩، الإنصاف ١٢/٩٩ .

(٢٥٦) المغني ١٤/٢٦٣ . وانظر: كشاف القناع٦/٤٤٧ .

(٢٥٧) انظر: بدائع الصنائع ٥/٤٥٨، مسعفة الحكام ١٧٩، تنوير الأبصار مع رد المحتار ٨/٩٤-٩٦، الدر المختار ٨/٩٤-٩٦، تبصرة الحكام ١/٦٦-٦٧، فتح القدير ٧/٢٨٦، العناية ٨/٢٨٧ .

## الخاتمة

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، نبينا محمد وعلى آله وصحبه وبعد:

فحيث انتهى بنا المطاف إلى هذه الخاتمة التي ينبغي أن تشمل أهم النتائج التي وصلت إليها والتوصيات التي يمكن أن أقترحها؛ فإني قد وصلت لما يلي:

### أولاً: النتائج:

١-أن قاعدة: لا عبرة بالظن البين خطؤه، عظيمة الأهمية في عمل القاضي، والنظر فيها يساعده للعدول عن حكم لم تطمئن نفسه له، ولا يرده عن ذلك الخوف على اضطراب الأحكام.

٢-أن العمل بهذه القاعدة مما يحقق المصالح الشرعية التي يحتاجها الناس، وحيث كانت المصلحة فثم شرع الله، فإذا تبين للقاضي أن المصلحة في غير الحكم الذي سبق منه أو غيره؛ فلا يمنعه ذلك من إتباع الحق وإن تأخر ظهوره؛ فإن الحق قديم لا ينقضه شيء والرجوع إليه خير من التمادي في الباطل، ولذا فهذه قاعدة فقهية مقاصدية.

٣-أنه قد ثبت قيام الأدلة من كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم وأقوال وأفعال الصحابة رضوان الله عليهم، وإجماع الأمة، على حجية هذه القاعدة.

٤-أول من أسس لصيغة هذه القاعدة في كلامه: عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ثم وجدت في كلام الشافعي ما يدل على إعماله لها، ثم استعملها العلماء في التعليل للعدول عن الخطأ إذا ظهر، وأول من صاغها بهذه الصيغة المشهورة: هو الإمام البيضاوي ت٦٨٥هـ، وبعده الزركشي، والسيوطي وابن نجيم، وعن هذا الأخير انتشرت في كتب الحنفية واعتمدتها مجلة الأحكام العدلية مادة من موادها وهي المادة

الثانية والسبعون .

٥-لا ينبغي العمل بأي أمارة لنقض الحكم الأول، بل لابد من دليل على التبين يقوى على تغيير الحكم.

٦-مجال العمل في هذه القاعدة يتسع ليشمل الاجتهاديات، وأحكام القضاة، والعبادات، والمعاملات الجارية بين الناس من عقود وإقرار وإبراء، وغير ذلك؛ فتجدها في الوضوء والصلاة، والصيام، والزكاة، والحج، والنكاح، والطلاق، والنفقة، والبيوع، والإجارة، والغصب، والقرض، والضمان، والإقرار، والدعاوى والبينات، وغيرها، وقد اقتصرت في هذا البحث على تطبيقاتها القضائية.

٧-تمثل قاعدتنا بياناً لقاعدة: الاجتهاد لا ينقض بمثله، فحيث ثبت خطأ الاجتهاد فإنه ينقض، ولا يلتفت لحكم قاعدة الاجتهاد.

٨-يتنوع الخطأ في اجتهاد القاضي إلى نوعين: نوع أول: ويكون محض اجتهاد وقبل صدور الحكم، وهذا يجب نقضه بإجماع، ونوع ثانٍ: ويكون بعد صدور الحكم، وهذا الذي جرى فيه الخلاف حفاظاً على استقرار الأحكام، وقد بينا الصور التي ينقض فيها الحكم وهي التي تبين فيها الخطأ قطعاً، وتعود في جملتها لمخالفة قطعي الدلالة من كتاب الله ،وقطعي الثبوت والدلالة من سنة رسوله صلى الله عليه وسلم، والإجماع، والحق بعضه بها القياس الجلي والقواعد الكلية، ما عدا ذلك ففيه خلاف كبير، والأكثر على عدم النقض إعمالاً لقاعدة: الاجتهاد لا ينقض بمثله.

٩-الخطأ في حكم القاضي يكون من خلال أمور يرجع بعضها لتقصيره، ويرجع بعضها لظن تبين خطؤه، وهي ترجع إلى أقسام أربعة: الخطأ في ذات الحكم، والخطأ المتعلق بطرفي الخصومة، والخطأ في إجراءات التقاضي، والخطأ في طرق إثبات الحكم، وليست

كلها متعلقة بالقاعدة؛ فمتعلق القاعدة الخطأ غير الناشئ عن تقصير وإنما عن ظن، ولذلك فقد اقتصرت على بيان أثر القاعدة في التصرفات القضائية على ما يتعلق بهذا الجانب.

## ثانياً: التوصيات

لاح لي بعض التوصيات التي أنصح بها زملائي الباحثين، وأصحاب الفضيلة القضاة، والمعتنين بالعلم الشرعي، ومن تلكم التوصيات:

١-علم القواعد الفقهية جليل القدر وفائدته للقاضي كبيرة جداً؛ إذ إنه يسهل استخراج الحكم من خلالها، فإن القاعدة الفقهية: حكم أغلبي يتعرف منه حكم الجزئيات الفقهية مباشرة (٢٥٨) - أي: بلا واسطة، وبسهولة ويسر - ثم التعليل بها، وهي مفيدة في تسبيب الأحكام، ولذا ينبغي بذل مزيد العناية بها بحثاً واستدلالاً عليها، وتنقيباً عنها في كتب الخلاف.

٢-أنصح الباحثين بالنظر في الأنظمة العدلية، وربطها بالقواعد الفقهية ليكتسب النظام اطمئنان القاضي عند الحكم، وإذا تبين مخالفته لقواعد الشرع فإنه لا عبرة به وينبغي تصحيحه وتعديله بما يوافق قواعد الشريعة الفقهية والمقاصدية.

٣-جمع علماء الأحناف في عهد الخلافة العثمانية القواعد الكلية التي يحتاج لها القاضي؛ وجعلوها في مائة مادة؛ صدروا بها مجلة الأحكام العدلية، وقد جمعت تلك القواعد أمات القواعد القضائية التي يحتاج لها القاضي، ولذا ينبغي بذل جهد أكثر في ذكر تطبيقات لها، ولا يمنع من استخراج قواعد أخرى تفيد القاضي والقائم على الجوانب العدلية؛ مثل: قضاء التحقيق، وقضاء التنفيذ، والمحاماة، ونحوها.

هذا جهد مقل، والله أعلم بالصواب، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

---

(٢٥٨) هذا تعريف الدكتور: أحمد بن حميد في مقدمة تحقيقه لكتاب: القواعد للمقري ١/١٠٧.